

THÈSE DE
PARIS.
1888.
N^o. 65.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE L'ORIGINE
DU TESTAMENT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS
LES DROITS DE L'ÉTAT
EN MATIÈRE DE SUCCESSION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Fr. GREIF

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE L'ORIGINE
DU TESTAMENT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS
LES DROITS DE L'ÉTAT
EN MATIÈRE DE SUCCESSION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Mercredi 16 Mai à midi*

PAR

Fr. GREIF

Président : M. LYON-CAEN

<i>Suffragants :</i> {	MM. BEUDANT	} <i>Professeurs.</i>
	BEAUREGARD	
	CHAVEGRIN	

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie} ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1888



A MONSIEUR
JOANNIS FERROUILLAT

DOCTEUR EN DROIT

SÉNATEUR

MINISTRE DE LA JUSTICE ET DES CULTES

GARDE DES SCEAUX

Hommage de respectueux dévouement.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE L'ORIGINE

DU

TESTAMENT ROMAIN

In publicis nihil est lege gravior,
in privatis firmissimum est tes-
tamentum.

(CICÉRON, *Philipp.*, II, 42.)

INTRODUCTION

On raconte à Orléans que, des pères de famille venant souvent consulter Pothier sur la responsabilité qu'ils encouraient devant Dieu par leur testament, l'illustre jurisconsulte leur répondait toujours : « Il ne vous sera pas demandé si vous aviez le droit de le faire, mais uniquement pourquoi vous l'avez fait. »

Cette protestation contre le testament traverse l'histoire depuis l'origine jusqu'à nos jours. Aucune institution n'a peut-être exercé une action aussi décisive sur la marche des sociétés, mais aucune certainement n'a rencontré une hostilité plus vive, ni des résistances plus prolongées. La raison en est facile à comprendre.

Le testament agit à la base des sociétés, dans le domaine de la famille, qu'il frappe au point éternellement sensible de l'intérêt. En modifiant la distribution de la richesse, par la libre volonté individuelle, il a servi tour à tour à détruire les institutions attardées du passé et à établir les créations les plus importantes de l'histoire. C'est ainsi qu'à travers les siècles et les âges, il a successivement brisé la famille antique, édifié la fortune de l'Eglise, affermi la noblesse féodale et préparé le régime économique de notre temps.

La famille antique, création de la nature autant que de l'homme, s'est présentée dès le début avec un caractère de coordination et de solidarité, qui en faisait une unité vivante, supérieure aux individus. L'individu naissait dans la famille, et vivait par elle; il y trouvait son origine, sa prospérité, ses affections et sa religion. Il en formait une partie intégrante, comme un organe fait partie d'un organisme. Aussi, dans les temps primitifs, la famille prédominait sur l'individu; tout était commun, le culte, les sentiments et les biens. L'idée du testament dans un pareil milieu devait paraître un sacrilège et une atteinte à la chose commune. Beaucoup plus tard, à une époque de civilisation avancée, Platon montre les difficultés qu'éprouvait un père de famille, voulant faire testament: « O dieux, dit-il, ne serait-il pas bien dur que je ne puisse disposer de mon bien en faveur de qui il me plaît, en laisser plus à celui-ci, moins à celui-là, selon le plus ou moins d'atta-

chement qu'ils m'ont témoigné dans le cours de ma vie? » Et le législateur lui répond : « Toi qui ne peux te promettre plus d'un jour, toi qui ne fais que passer ici-bas, est-ce bien à toi de décider de telles affaires? Tu n'es le maître ni de tes biens, ni de toi-même; toi et tes biens, tout cela appartient à ta famille, c'est-à-dire à tes ancêtres et à ta postérité (1). »

Dans cette lutte entre la collectivité primitive et le principe de libre disposition, le testament a fini par triompher, et, avec lui, a prévalu le principe de la propriété individuelle. En assurant au propriétaire la pleine disposition de ses biens et en stimulant la circulation des richesses, le testament a préparé le terrain à l'économie moderne. La succession légitime, dernier vestige de la communauté ancienne, a tenté divers retours offensifs. Mais, aujourd'hui, le triomphe du testament paraît assuré. La législation positive, comme la science économique, s'accordent à reconnaître dans le testament la conséquence logique et la consécration suprême du droit de propriété. La succession *ab intestat*, tout en gardant encore une certaine importance appropriée au rôle plus effacé de la famille moderne, porte le caractère d'un testament présumé, par lequel la loi essaie de suppléer à la volonté défailante du mourant.

Pendant sa longue carrière, que nous venons d'esquisser, le testament a eu la fortune de servir deux institutions politiques de premier ordre, dont l'in-

1. Platon, *Les Lois*, XI.

fluence a été grande sur les peuples de l'Occident ; nous voulons parler de l'Eglise et de la noblesse.

L'Eglise romaine avait hérité du privilège des temples païens de recevoir la garde et de veiller à l'exécution des testaments. Elle en usa pour répandre cette pratique chez les peuples qui l'avaient ignorée jusque-là. Grâce à la question du salut éternel, qui fut intimement liée à celle des testaments, les dons charitables et les legs *ad pias causas* se multiplièrent dans des proportions inusitées. L'Eglise devint en quelque sorte la légataire universelle des fidèles. « Les ecclésiastiques maintenant, dit Loyseau, que la connaissance des testaments leur appartenait, comme étant une matière de conscience, disant même qu'ils étaient les naturels exécuteurs d'iceux, parce que le corps du défunt testateur était laissé à l'Eglise pour la sépulture, l'Eglise aussi était saisie de ses meubles, pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Même nous trouvons qu'anciennement les ecclésiastiques ne voulaient enterrer les morts, si on ne leur mettait en mains leur testament. Et Jean Galle, en sa question 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandèrent permission de tester *ad pias causas*, ex j'ai lu ailleurs qu'il y avait des ecclésiastiques qui contraignaient les héritiers des intestats de convenir de prud'hommes, pour arbitrer combien le défunt avait dû léguer à l'Eglise (1). »

1. Loyseau. *Des Seigneuries et justices ecclésiastiques*, n° 64.

L'Eglise acquit ainsi un patrimoine énorme, qui ne fut pas sans influencer sur son action politique et religieuse. On l'évaluait rien qu'en France, à la veille de 1789, à la somme de quatre milliards.

Le testament servit aussi à la noblesse à maintenir l'éclat du nom et la permanence du pouvoir seigneurial au moyen des substitutions fidéicommissaires d'une durée indéfinie. Ce procédé permettait de conserver le patrimoine des familles nobles entre les mains des aînés, qui le transmettaient intact à leur successeur désigné par le testament primitif. L'inaliénabilité des biens grevés de substitution était aussi profitable à l'aristocratie que nuisible au crédit public.

Ces deux applications du testament lui valurent une nouvelle attaque du côté des philosophes et des réformateurs. Déjà Leibnitz avait dit que le testament serait impossible, si l'âme n'était immortelle. Mais les partisans du droit naturel, et surtout les encyclopédistes, lui étaient hostiles. Voici comment s'exprimait un magistrat respectable, l'avocat général Gilbert de Voisins : « Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort ne nous appartient pas. La mort dépouille les hommes de tout ; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie, leur volonté ne peut le faire après leur mort, si la loi, qui est immortelle, ne prend soin de le faire accomplir (1). »

Voltaire écrivait à un ami : « Je compte pour rien

1. Merlín, *Répertoire*, v^o Testament, sect. II, § 4, art. 2.

ce qu'on donne par testament; c'est seulement laisser ce qui ne nous appartient plus (1). » Ces idées étaient celles de philosophes comme Locke, Condillac, Helvétius, et Diderot, de publicistes comme Bynkershoek, Montesquieu et Thomasius, de jurisconsultes comme Heineccius, Merlin et Toullier. On les retrouve dans la plupart des traités de droit naturel du commencement de ce siècle. Les orateurs de la Révolution les portèrent à la tribune de nos premières assemblées. Dans un discours posthume, lu à la tribune de l'Assemblée nationale par Talleyrand, Mirabeau fulmina contre le testament. A la suite de nouvelles attaques de Robespierre, Pétion et Tronchet, la Convention décida l'abolition des testaments, et par surcroît celles des donations entre vifs par un décret en date du 7 mars 1793 confirmé par la loi du 17 nivôse de l'an II.

Le code civil rétablit le testament et les donations, en les mitigeant d'une légitime réserve au profit de certains héritiers naturels. Depuis, deux courants inverses se sont fait jour. Après les tentatives de Napoléon et de la Restauration en vue de rétablir les substitutions fidéicommissaires, M. Le Play et ses adeptes ont provoqué un courant assez accentué en faveur de la liberté testamentaire complète, à l'effet de reconstituer la puissance paternelle et la famille de l'ancien régime. Dans un camp nettement opposé, les idées de la Convention ont été reprises et élargies par Saint-

1. Voltaire, *Lettre à Thiriot*, du 27 janvier 1760.

Simon et les différentes écoles socialistes qui l'ont suivi.

Ainsi que tout le fait pressentir, la double controverse de la liberté testamentaire et de la légitimité du testament, après avoir défrayé la polémique des siècles, agitera les esprits pendant longtemps encore. Ce n'est certes pas à une époque où toutes les institutions et tous les droits acquis sont remis en question où l'esprit de libre examen s'est attaqué, avec plus de vigueur qu'au dix-huitième siècle, aux assises mêmes de la société, qu'une question de cette importance restera à l'abri des discussions publiques.

Entre les deux ordres d'idées si différents, mais également graves, que suggère ce débat, nous en avons choisi un troisième, bien moins palpitant et d'un intérêt purement scientifique. Il nous a semblé intéressant, au point de vue de la simple érudition, de rechercher le point de départ du litige, en étudiant l'origine du testament.

Le problème, dont nous voulons aborder l'étude, peut se résumer en deux points :

I. Comment et à quelle époque est-on arrivé à créer un héritier par acte de simple volonté ?

II. Comment un acte de simple volonté pouvait-il, dans le droit primitif, opérer le transfert d'une universalité de droits, comprenant l'actif et le passif du patrimoine ?

La question ainsi posée indique déjà que le testament n'a pu naître que dans un état relativement avancé

des sociétés. Les finesses du droit et les constructions juridiques sont l'apanage d'une certaine civilisation.

Aussi, si nous jetons un coup d'œil sur les législations primitives, n'y trouvons-nous pas le testament.

« Dans le droit hindou, dit M. Summer Maine en parlant de l'Inde actuelle, il n'y a pas de véritable testament : sa place est remplie par l'adoption.... Il y a dans le Bengale des coutumes locales, où l'on trouve quelques traces de la faculté de tester.... Mais ce testament que d'aucuns supposent inventé par les juristes anglo-indiens est tout au plus un testament rudimentaire (1). »

Les Chinois sont encore aujourd'hui fidèles à la succession ab intestat. Préceptes de Meng-Tseu : « Faites mourir les enfants qui manqueront de piété filiale; n'ôtez pas l'héritage au fils légitime pour le donner à un autre. — Celui qui établit un héritier contrairement à la loi sera puni de 80 coups de bambou (2). »

Les Egyptiens, comme les Iraniens, n'ont jamais connu le testament. Les efforts très méritoires de MM. Eugène et Victor Révillout, en vue de reconstituer le droit égyptien et chaldéen, n'ont pas encore amené la découverte d'un seul testament démotique ou cunéiforme.

Chez les Hébreux, le testament ne figure que dans

1. Sumner Maine, *L'Ancien droit*, traduct. Courcelle-Seneuil, p. 184 et 187.

2. *Ta Tsing Leu Lih*, chap. *Des successions*.

la législation talmudique, où il a pénétré sous l'influence des idées greco-romaines. Il y porte le nom de diathiki dugrec διαθήκη ; le legs s'appelle *legaton*. Eusèbe et Origène ont voulu voir des testaments dans le partage du monde fait par Noé entre ses fils, Sem, Cham et Japhet, ainsi que dans les bénédictions suprêmes données par le patriarche Jacob à ses douze fils. On a pu, plus facilement, se méprendre sur le sens du passage suivant de la Genèse : « Et Abraham dit au Seigneur : Je suis sans enfants, et mon serviteur Eliézer de Damas a un fils ; que le fils de mon serviteur soit mon héritier. Et le Seigneur lui dit : Qu'il ne soit pas ton héritier, mais celui qui naîtra de toi sera ton successeur (1). » Ce passage ne vise, évidemment, que l'adoption, et encore le Seigneur s'y montre-t-il hostile.

Dans le monde musulman, le testament ne peut pas établir un héritier. « Nous avons, dit Mahomet, désigné à chacun les héritiers qui doivent recueillir la succession laissée par les parents. Rendez à chacun ce qui lui est dû, car Dieu est témoin de vos actions (2). »

Chez les Germains, pas de testament. « Heredes, dit Tacite, successorumque sui cuique liberi et nullum testamentum (3). » Ce principe était commun à tous les peuples germaniques depuis l'Islande jusqu'au Danube. « La critique allemande la plus pénétrante, dit M. Maine, s'est appliquée récemment aux leges barbarorum afin de dé-

1. Genèse, ch. XV, v. 24.

2. Le Koran, ch. IV, v. 37.

3. Tacite, *De mor. Germ.*, XX.

tacher de chaque système les règles qui formaient la coutume de la tribu, dans sa demeure primitive, des parties empruntées au droit romain. Dans ce travail on est invariablement arrivé à ce résultat, que le noyau des anciennes lois ne contient pas de trace de testament (1). »

Les premières législations de la Grèce ignorent ou prohibent le testament. Le code de Gortyne, découvert récemment dans l'île de Crète, et qui paraît remonter au vi^e siècle avant notre ère, ne le mentionne pas une seule fois. A Sparte, Lycurgue l'avait prohibé; il ne fut autorisé qu'après la guerre de Péloponèse. « Ce fut, dit Plutarque, Epitadeus qui introduisit à Lacédémone la liberté d'ôter les successions aux légitimes héritiers pour les donner à d'autres, liberté qui causa la ruine de la République. Cet Epitadeus était un homme rebours, fier et superbe de nature; étant éphore, il eut débat avec son fils, et ce fut en haine de lui qu'il proposa et fit adopter la liberté de tester (2). » Aristote rappelle un temps, où le testament était inconnu à Thèbes et à Corinthe (3). A Athènes Solon l'autorisa, à défaut de descendance légitime (4). Mais le testament grec n'est au fond qu'une adoption in extremis; l'héritier succède en qualité de fils. « On peut supposer, dit M. Gans dans son remarquable ouvrage sur « le Droit de succession dans l'histoire universelle », on peut supposer à Athènes une

1. S. Maine, *L'Ancien droit*, p. 186.

2. Plutarque, *Agis*, V.

3. Aristote, *Politique*, II, 3, 4.

4. Plutarque, *Solon*, 21.

adoption qui ne soit pas testamentaire, mais pas de disposition testamentaire qui ne soit en même temps une adoption (1). » A l'époque de la décadence grecque, on trouve des testaments qui ne contiennent pas d'adoption ; tels sont ceux des philosophes Platon, Aristote, Théophraste et Epicure. Mais aussi ces testaments ne contiennent que des legs, sans institution d'héritier ; ce sont plutôt des codicilles. « C'est aux Romains, dit M. Maine, que revient l'honneur d'avoir inventé le testament. » C'est Rome qui a créé l'institution d'héritier sans adoption, une de ses œuvres les plus importantes et les plus durables.

C'est pourquoi nous étudierons l'origine du testament à Rome.

Mais, comme l'hypothèse d'une génération spontanée est difficile à admettre, même en législation, nous rechercherons auparavant les germes du testament, soit dans les coutumes primitives des peuples aryens, soit dans la législation grecque.

1. Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, I, p. 383.

CHAPITRE PREMIER

DE L'IDÉE DE SUCCESSION CHEZ LES ANCIENS

Dire que la famille a été la première société humaine, ce serait répéter une banalité aussi vieille que la chose qu'elle exprime. Il n'est pas moins vrai, pourtant, que depuis les beaux travaux de M. Fustel de Coulanges et de sir Henry Sumner Maine, cette banalité est devenue une vue originale et profonde, qui éclaire d'un jour nouveau les âges primitifs. En effet, la famille antique ressemblait peu à celle de nos jours. Elle n'était pas une simple association domestique, réunissant un petit nombre de proches parents dans le cercle de la vie privée. C'était une société politique et religieuse, qui avait son gouvernement et son culte, ses lois et sa justice, ses sujets et ses possessions, ses guerres et ses traités diplomatiques. Si l'on veut se faire une idée suffisamment précise de ce qu'a pu être ce premier groupement humain, il faut y voir en germe les trois pouvoirs sociaux, qui en sont sortis plus tard : la famille, l'Etat et l'Eglise.

Le voyageur qui parcourt les pays du Moyen-Danube est agréablement surpris en rencontrant chez les populations encore frustes des Slaves méridionaux, les Slovènes, les Croates, les Dalmates et les Serbes, des communautés de famille qui rappellent assez exactement la vie douce et poétique de l'époque patriarcale. Des ménages nombreux, remontant par les hommes à un ancêtre commun, vivent

fraternellement sous un même toit, au feu d'un même foyer, sous la direction d'un ancien, qui est le plus souvent un aïeul. Les hommes travaillent aux champs ou conduisent les troupeaux, les femmes prennent soin du ménage et tissent les vêtements de la famille ; en hiver, les uns et les autres se livrent à ces petites industries domestiques, qui fleurissent chez les peuples encore dans l'enfance. Au-dessus de tous dans une atmosphère de respect et de vénération, que lui forment les ans et la tradition, règne l'ancien, appelé *gospodar* ou *starichina* ; il dirige la *Druzina* ou *Zadruga*, commande et juge. Les produits du travail commun sont équitablement répartis parmi tous les membres de la communauté ; quelques produits de l'industrie privée peuvent faire l'objet d'une propriété personnelle. Le soir, le repas commun réunit tous les membres de la famille ; l'ancien raconte des légendes guerrières, qui ont traversé les siècles, sans changer d'un mot ; quelquefois le récit devient un chant accompagné de la guzla.

Cette organisation familiale, dont on trouve des traces chez les Russes, chez les Highlanders de l'Écosse ou chez les habitants du pays de Galles, rappelle en partie ce qu'a été la famille antique. Dans l'une comme dans l'autre, la famille se suffit à elle-même, et tout le gouvernement se concentre dans le père. Homère, caractérise très bien cet état de la société, en disant des Cyclopes, les hommes primitifs de son temps : « Ils n'ont ni assemblée pour le conseil, ni thémistes (jugements publics), mais chacun a juridiction sur sa femme et ses enfants, sans se soucier des autres (1). » Avant l'apparition de l'État, avant la formation des cités, les hommes ont vécu en groupes isolés établis par une descendance commune et gouvernés par un

1. Homère, *Odyssée*, IX, 112-115.

chef, appelé le père. Ce nom n'implique pas nécessairement l'idée de génération; on aurait dit alors gānitar, γεννητήρ ou genitor. Mais le nom qui désigne la fonction de chef de la famille chez tous les peuples aryens, c'est pitar, πατήρ, pater, c'est-à-dire le maître protecteur (1). Le père est le seigneur de tous ceux qui vivent sous sa loi. Parmi tous les membres de la famille, lui seul a une existence véritable; les autres n'existent que par lui. Mais lui-même il emprunte son importance et son autorité au groupe, qu'il représente et qu'il incarne. Aux yeux des anciens, le fait primordial, source de droits et de pouvoir, c'est la collectivité dans laquelle on est né, à laquelle on appartient, qui a préexisté à l'individu et qui lui survivra. Les hommes primitifs n'avaient pas au point de vue juridique conscience de leurs personnalités distinctes; ils ne se connaissaient que comme membres d'une maison déterminée. Leur valeur, leur puissance, leur honneur, étaient ceux de leur maison. Les individus naissaient et passaient, la maison restait toujours la même, avec son patrimoine de traditions glorieuses, de souvenirs touchants et son histoire écrite dans les cœurs de ses membres. L'individu est entièrement absorbé par la collectivité; la responsabilité des actes elle-même n'est pas individuelle. Un crime commis contre un individu est vengé par tous les siens; de même, la faute d'une personne est expiée par ses parents

1. Zend, *pitar*; goth., *fadar*; celtique (irl.), *athur*, proviennent de la même racine que *potestas*. Rac. *pa*, skr. *pā*, *pā-mi* veut dire protéger, garder; *palas*, gardien, prince; *patis*, seigneur, époux; grec, *πάσις* (pour *πάτις*) époux, *δεσπότης*, seigneur; latin, *compos*, *potis*, *possum*, *potior*, *potens*, *potestas*; goth., *faths*, seigneur; bohém., *pan*, seigneur, etc.

A Rome, le nom de *pater* est habituellement donné aux dieux. Bien que fils de Saturne, Jupiter est appelé *pater hominum deorumque*; Virgile dit de lui :

Tum pater omnipotens, rerum cui summa potestas

Jam pater Aeneas religiosus, dit Servius (ad. *Aeneid.*, I, 699) *quia pater proprio omnium deorum epitheton est*. Ovide dit de Romulus : *Sancte pater patriæ*.

ou rachetée par eux moyennant un wergeld, en cas de composition. La divinité elle-même ne considère dans les individus que la race qu'ils représentent. Jéhovah a toujours favorisé le peuple Israel à cause des mérites d'Abraham, et dans le Décalogue il dispense le bien et le mal à titre héréditaire. L'histoire des Atrides nous montre avec quel acharnement les dieux de l'Olympe poursuivaient à travers les générations le tort d'un ancêtre. La malédiction de Cham s'est étendue sur sa race jusqu'à nos jours.

La naissance était le premier titre de l'homme, suivant qu'il était issu d'une noble maison ou d'un père sans ancêtres et sans culte, il était aimé des dieux et des hommes, ou un paria rebuté. L'individu ne pouvait pas vivre hors de la famille ; ç'aurait été vivre comme les bêtes de la forêt. Encore au moyen âge, le vieux chroniqueur russe Nestor nous rapporte que le sentiment de la famille était tellement puissant chez les Slaves, que celui qui s'était affranchi des liens de la famille était considéré comme un criminel, ayant violé les plus saintes lois de la nature.

L'unité sociale de ces temps était donc la famille, ou le groupement plus étendu du clan, issu du développement de la famille. Au dehors, ces clans traitaient de puissance à puissance. Les hostilités étaient fréquentes et longues entre eux ; la paix et les relations normales se rétablissaient par des conventions solennelles et de formes compliquées, qui rappellent nos traités diplomatiques. Aussi est-il vrai de dire que le premier droit qui se soit formé entre les hommes, était un droit international. Le moindre acte d'un groupe à un autre, une vente ou une obligation, était accompli avec toutes les précautions et toutes les solennités d'un traité politique. C'était là le seul droit existant : à l'intérieur du groupe, le droit n'avait aucune raison d'être. Le père y régnait en souverain ; son pouvoir

n'était limité que par la coutume traditionnelle et par la piété envers les dieux, ce que les Romains appelaient « fas et mores ».

Les dieux de la famille, c'étaient les ancêtres, la suite des pères, qui l'avaient gouvernée autrefois. La famille était ainsi sa propre religion, une religion domestique issue du culte des morts. Chez tous les peuples de race aryenne, les morts continuaient dans leur séjour souterrain une vie éternelle, dans laquelle ils nourrissaient les mêmes sentiments et éprouvaient les mêmes besoins que sur la terre. On les enterrait avec des armes et des aliments; à des époques déterminées leurs descendants étaient tenus de leur apporter des offrandes et des sacrifices. » Les morts, dit Lucien, se nourrissent des mets que nous plaçons sur leur tombeau et boivent le vin que nous y versons; en sorte qu'un mort, à qui l'on n'offre rien, est condamné à une faim perpétuelle (1). » Lorsque ces sacrifices étaient négligés, les morts sortaient de leurs tombes, leurs âmes errantes gémissaient dans la nuit et cherchaient à avertir les vivants par les maladies et les fléaux qu'ils leur envoyaient. Au contraire, les sacrifices régulièrement faits béatifiaient les morts, et les transformaient en divinités tutélaires. « Que le maître de maison fasse le *sraddha* avec du riz, du lait, des racines, des fruits, afin d'attirer sur lui la bienveillance des Mânes. » — « Lorsque le *sraddha* est fait suivant les rites, les ancêtres de celui qui offre le repas, éprouvent une satisfaction inaltérable (2). » « Je verse sur la terre du tombeau, dit Iphigénie dans Euripide, le lait, le miel et le vin; car c'est avec cela qu'on réjouit les morts (3). » Servius raconte que d'après les

1. Lucien, *De luctu*.

2. *Lois de Manou*, I, 95, III, 82, 122, 127, 146, 189 274.

3. Euripide, *Iphig.*, 162.

livres achéroniques du législateur étrusque Tages, qui ont été traduits à Rome par Labéon, certains sacra avaient pour effet d'évoquer les défunts des enfers, et d'en faire des Pénates d'abord et des Lares ensuite (1).

Ces cérémonies funèbres constituaient une obligation stricte pour les descendants, et particulièrement pour le fils du défunt. « Le mort qui n'a pas laissé de fils ne reçoit pas d'offrande et il est exposé à une faim perpétuelle (2). » Elles étaient aussi l'attribution exclusive de la famille. L'étranger ne pouvait pas les accomplir utilement : sa présence leur était nuisible (3). Aussi la grande préoccupation des hommes était d'avoir des fils. Les lois de Manou supposent que les morts, dans leur séjour souterrain, prononçaient souvent ce vœu : « Puisse-t-il naître de notre lignée des fils, qui nous offrent dans la suite des temps le riz bouilli dans du lait, le miel et le beurre clarifié (4). » La procréation d'un fils était le premier devoir de l'homme : « Le fils, par la naissance duquel l'homme acquitte sa dette et obtient l'immortalité, a été engendré pour l'accomplissement du devoir ; les sages considèrent les autres comme nés de l'amour (5). » Par ce fils, chargé du devoir, le père paraissait renaître ; l'épouse enceinte était appelée djaha, parce que son mari renaissait en elle (djahati) pour une seconde fois (6). Il importait, de plus, que la lignée des descendants ne fût jamais interrompue : « Par un fils l'homme gagne les mondes célestes ; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité ; par le fils du petit-fils, il s'élève au séjour du soleil » (7).

1. Servius, *ad Aeneid.*, III, 168 ; C. O. Muller, *Die Etrusker*, III, 4. 7.

2. Lucrèce, *De luctu.*

3. Cic., *De leg.*, I, 26 ; Plutarque, *Solon*, 21. Isée, I ; Varron, *L. Lat.*, VI, 13.

4. *Lois de Manou*, III, 138, 274.

5. Manou, IX, 107. — 6. *Ibid.*, IX, 8. — 7. *Ibid.*, IX, 137.

Nous possédons maintenant les éléments nécessaires pour nous faire une idée de la succession chez les anciens. Nous avons vu que la famille était une personne morale, qui préexistait à l'individu et l'absorbait entièrement. Aristote affirme que le tout était avant la partie. Ce principe métaphysique se montre vrai dans l'histoire des institutions. Juridiquement la famille a préexisté à l'individu. La notion de la personnalité, sujet de droit et de devoirs, s'est révélée tout d'abord dans les groupes avant qu'elle ne se soit fixée dans les individus. On ne valait, avons-nous dit, qu'en faisant partie d'une famille ; on était l'homme d'une maison. Mais cette maison, avec son héritage de traditions et de biens, était immortelle : elle ne pouvait jamais périr. Comme toute personne morale, elle se maintenait au-dessus des diverses personnes, qui la représentaient, elle survivait aux pères de famille, qui venaient successivement la gouverner. La famille restait toujours la même ; il ne s'agissait que de savoir quelle personne serait chargée de sa direction temporaire. La première succession était donc celle des pères de famille. Mais cette succession offre un caractère particulier. Les pères de famille ou les patriarches ne se succèdent pas en leur nom personnel ; ils se suivent et se remplacent au nom de la lignée, nous pourrions dire au nom de la dynastie. M. Maine fait un rapprochement très curieux entre le père antique et le système des corporations anglaises. Les légistes anglais distinguent les corporations agrégées (*aggregate*) analogues à nos sociétés pourvues de la personnalité civile et les corporations seules (*sole*). Cette dernière corporation n'est pas une société, mais un individu, membre d'une série d'individus qui est investi par fiction des qualités d'une corporation. De telles corporations sont le curé d'une paroisse ou encore mieux le roi d'une monarchie. Les différentes personnes investies suc-

cessivement de la dignité royale peuvent mourir, le roi ne meurt jamais. « Le roi est mort, vive le roi ! » Le successeur reprend immédiatement la fonction, et la continuité du règne est censée non interrompue. Le fait de la mort se trouve ainsi éliminé, et le roi ou le père de famille restent aussi immortels que le pays ou la famille qu'ils incarnent.

La succession du père de famille ne peut être réalisée que par un fils ou un descendant du fils. Lui seul a qualité pour offrir les sacrifices dus aux défunts ; lui seul peut célébrer les ancêtres par les rites domestiques ; lui seul peut devenir père de famille à son tour. Aussi la préoccupation principale d'un chef de famille est-elle de s'assurer un fils, qui le perpétue lui-même et béatifie les aïeux. « Il n'est pas un homme, dit un orateur athénien, qui, sachant qu'il doit mourir, ait assez peu de souci de lui-même pour vouloir laisser sa famille sans descendants, car il n'y aurait alors personne pour rendre le culte qui est dû aux morts (1). » « L'extinction d'une famille, dit le Bhagavad-Gita, cause la ruine de la religion de cette famille ; les ancêtres privés de l'offrande des gâteaux tombent au séjour des malheureux (2) ». La perpétuation des familles importe aussi à la cité. L'État, lorsqu'il arrive à se former, n'est qu'une confédération de familles ou de gentes ; sa religion participe en partie à celles des familles ; les mânes domestiques sont autant de protecteurs pour la cité. Qu'une famille s'éteigne, un culte disparaît, et le peuple perd une divinité tutélaire. Les lois athéniennes et romaines veillaient à la perpétuité des familles (3). Cicéron cite comme un principe fondamental du droit pontifical la règle : « *Sacra privata perpetua manento* (4). » Le célibat était une impiété et un malheur. Denys d'Haly-

1. Isée, VII, 30.

2. Bhagavad-Gita, I, 40.

3. Isée, VII, 30-32 ; Cicéron, *De leg.*, II, 19.

4. Cicéron, *Ibid.*, II, 9.

carnasse rappelle une vieille loi romaine qui obligeait les jeunes gens à se marier (1). Cicéron en reproduit une qui interdit le célibat (2). Le censeur demandait à Rome : « Habesne uxorem liberorum quærendorum gratia? (3) » A Sparte, Lycurgue privait le célibataire de tous les droits politiques ; et dans d'autres villes grecques le célibat était puni comme un délit (4).

Le fils héritier devait être engendré en justes noces avec une femme associée au culte du mari. Le lien du sang ne constituait pas à lui seul la famille et la succession, il fallait encore l'identité du culte. Contracté en vertu du culte et en vue de le perpétuer, le mariage n'avait qu'un but, la procréation des enfants. Aussi, en cas d'union stérile, le divorce était-il de rigueur. La formule sacramentelle du mariage à Rome portait : « Ducere uxorem liberum quærendorum causa ». « Corvilius Ruga, dit Aulu-Gelle, homme de grande famille, se sépara de sa femme par le divorce, parce qu'il ne pouvait pas avoir d'elle des enfants. Il l'aimait avec tendresse et n'avait qu'à se louer de sa conduite. Mais il sacrifia son amour à la religion du serment, parce qu'il avait juré qu'il la prenait pour épouse afin d'avoir des enfants (5). » Dans l'Inde, « la femme stérile était remplacée au bout de huit ans (6) ».

Lorsque le mariage était resté stérile du fait du mari, la nécessité d'avoir un fils le contraignait à des expédients quelquefois bizarres. Un frère ou un parent se substituait à lui, et la femme était tenue de se livrer à cet homme. « Lorsqu'on n'a pas d'enfants, la progéniture que l'on

1. Denys, IX, 22.

2. Cic., *De leg.* t, III, 2.

3. Aulu-Gelle, IV, 3.

4. Plutarque, *Lycurgue*. — Pollux, III, 48.

5. Aulu-Gelle, IV, 3. — V. Maxime, II, 1, 4; Denys, II, 25.

6. Manou, IX, 81.

désire peut être obtenue par l'union de l'épouse, convenablement autorisée, avec un frère ou un autre parent (1). » L'enfant issu de cette union comptait au mari. A plus forte raison la veuve restée sans enfants était-elle obligée de se remarier et d'obtenir un enfant qui fit revivre le défunt. C'est là l'explication de la charmante idylle de Ruth et Booz dans la Bible. Lorsque Ruth recherche l'union de Booz, elle accomplit un office de piété envers le fils de Noémi, son défunt mari. L'enfant né de cette union devait être le représentant du défunt et réclamer sa part d'héritage dans les biens de la tribu.

La nécessité de se procurer un héritier a fait trouver encore un autre détour. Dans l'Inde, comme en Grèce, lorsque le père n'avait qu'une fille unique, celle-ci était chargée de lui fournir l'héritier désiré : « Celui qui n'a pas d'enfant mâle, dit la loi de Manou, peut charger sa fille de lui donner un fils, qui devienne le sien et accomplisse en son honneur la cérémonie funèbre. » Le père doit signifier au mari le but qu'il recherche : « Je te donne, parée de bijoux, cette fille qui n'a pas de frère ; le fils qui en naîtra sera mon fils et célébrera mes obsèques (2). » L'enfant né d'une pareille union s'appelait *putrikâ-putra*. « Entre le fils d'un fils et le fils de la putrikâ il n'y a dans ce monde aucune différence suivant la loi, puisque le père du premier et la mère du second descendent du même homme (3). » En Grèce, la fille sans frère devait être épousée par le parent le plus proche, qui devenait héritier. La fille s'appelait *épiclère*, c'est-à-dire celle qui passe avec l'héritage (4) ; d'autres auteurs l'appellent *patroïque* (5). La loi

1. Manou, IX, 59.

2. Manou, IX, 127, 136 ; Vasishta, XVII, 16.

3. *Id.*, IX, 13.

4. Isée, VIII, 31, X, 12 ; Démosthène, *Contre Stéphane*, II, 20.

5. Hérodote.

de Gortyne règle très minutieusement tous les cas qui peuvent se présenter à l'occasion des filles épiclères. L'obligation de les épouser incombait aux parents suivant les degrés de succession, et si le proche parent était marié, il devait répudier sa femme pour épouser l'épiclère (1).

Lorsque les moyens naturels n'étaient pas possibles, on avait recours aux moyens légaux. L'adoption fut de bonne heure en usage chez les peuples aryens. Par une de ces fictions si fréquentes dans les législations primitives, la formule législative et la cérémonie religieuse étaient censées produire le même effet que la génération naturelle : « Celui à qui la nature n'a pas donné un fils, dit la loi de Manou, peut en adopter un pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas (2). » « Tous ceux qui voient arriver la mort, dit Isée, se préoccupent de ce qui viendra après eux, de la pensée de ne point laisser leur maison déserte, d'avoir au contraire quelqu'un qui apporte à leurs mânes les offrandes nécessaires, et qui leur rende tous les honneurs consacrés par l'usage. Lors donc qu'on est exposé à mourir sans enfants, on s'en crée et on en laisse derrière soi au moyen de l'adoption. Et ce n'est pas là une préoccupation que les particuliers soient seuls à ressentir; l'Etat lui-même en est touché et le témoigne publiquement, car la loi confie à l'archonte le soin de veiller à ce que les maisons des citoyens ne deviennent jamais désertes (3). » « Adopter, dit Cicéron, c'est demander à la religion et à la loi ce qu'on n'a pas pu obtenir de la nature (4). » L'adoption se faisait à Athènes par la déclaration solennelle devant la phratrie ou le dème; à Rome par une loi votée par le peuple (5).

1. Isée, III, 64; Démosth., *C. Eubol.* 41.

2. Manou, X, 10.

3. Isée, *Hérit. d'Apollodore*, 30.

4. Cicéron, *Pro domo*, 13, 14.

5. Aulu-Gelle, V, 19.

L'acte législatif était accompagné d'une cérémonie religieuse analogue à celle qui marquait la naissance d'un fils. L'adopté était initié au culte de sa nouvelle famille, « in sacra transiit », comme disaient les Romains ; il était assimilé à un fils légitime et devenait étranger à sa famille naturelle.

Ces divers moyens de se créer une postérité, la substitution d'un tiers dans le lit conjugal, le mariage de la fille épiclère, l'adoption, suffirent aux Hindous. Les Grecs allèrent plus loin. Ils admirent un moyen plus simple et plus expéditif qui devait assurer le même résultat, et demeurer, par la suite, une des institutions fondamentales de la société humaine. Ce moyen fut le testament.

CHAPITRE II

LE TESTAMENT GREC

Les Grecs, avec leur rapidité d'intuition et leur esprit peu formaliste, avaient bientôt compris que l'acte d'adoption, si important pour les citoyens privés d'enfants, pouvait être scindé en deux opérations distinctes et séparables qu'il était permis de réaliser à des époques différentes et sans le concours des mêmes personnes. Dans l'adoption ordinaire telle qu'elle se pratiquait à Athènes, il y avait d'abord le choix du père de famille, qui désignait la personne à adopter, et ensuite la formalité qui rendait cet acte public et valable aux yeux de la cité. Cette formalité consistait dans la présentation de l'adopté aux parents et son inscription dans les livres de la phratrie ou du dème. Qu'est-ce qui empêchait le citoyen, pris au dépourvu par l'approche de la mort, de déclarer son choix à un certain nombre de témoins, de procéder même à l'initiation de l'adopté au culte de la famille et d'abandonner à celui-ci le soin de poursuivre son inscription dans les registres publics après sa mort ? Cette possibilité d'une inscription posthume dans la phratrie supposait que les cérémonies gentilices ou publiques n'avaient plus une bien grande importance à l'époque dont nous parlons et que la volonté du père de famille pouvait les traiter comme de simples formalités. Mais le jour où cet état des choses se révéla aux esprits, il est certain que l'idée devait aussi venir aux mourants de simplifier l'acte de l'adoption, de n'en accomplir que la partie

essentielle tant qu'ils étaient en vie, et d'ajourner l'acte public, comme une simple formalité d'enregistrement, après leur décès.

C'est ce qui arriva de bonne heure à Athènes. On admit comme valable la désignation de l'héritier faite devant témoins, de quelque manière que ce fût, pourvu que la volonté du testateur fût certaine. Lorsque la déclaration était écrite, le sceau du disposant faisait foi de l'*authenticité* de l'acte. Quelquefois, on supprimait toute solennité. Lysias nous raconte que Diodote, partant pour la guerre, appela sa femme et son frère, leur fit ses adieux et remit à ce dernier son testament, où il l'instituait tuteur de ses enfants (1). D'autres fois on confiait le testament à l'archonte. Celui-ci pouvait ainsi être appelé au lit de mort et recevait les dernières déclarations du moribond. Le plus ordinairement, on employait la forme mystique : le testateur faisait venir des témoins, auxquels il ne lisait pas l'acte, mais il le déposait devant eux, bien cacheté et scellé, entre les mains d'un citoyen.

Les codicilles étaient très fréquents. La révocation des testaments était entourée de garanties. Le testament était-il authentique, c'est-à-dire fait devant l'archonte, le testateur qui avait changé d'avis devait comparaître de nouveau devant lui pour notifier son changement de volonté. L'acte était-il déposé entre les mains d'un particulier, celui-ci devait être cité devant l'archonte et c'est devant ce magistrat qu'il remettait le testament à celui qui le lui avait confié. Pendant longtemps ces formalités ne suffisaient pas par elles-mêmes; l'adoption contenue dans le testament devait être directement révoquée par une répudiation formelle du fils, cérémonie qui portait le nom de ἀπουήρονξις (2).

1. Lysias, XXXII, 5.

2. Isée, *Hérit. de Philocten.*, p. 139.

Le testament dont nous venons d'esquisser les formes, n'était, nous le répétons, qu'un procédé plus expéditif pour réaliser une adoption in extremis. A Athènes on ne pouvait hériter qu'en qualité de fils, et l'héritier créé par la volonté du testateur n'était qu'un fils adoptif : d'où il résulte que les citoyens ne pouvaient tester que lorsqu'ils n'avaient pas d'enfants. Voici en effet le texte de la loi de Solon sur les testaments, telle que la cite fidèlement Démosthène (1) : « Quiconque n'avait pas été adopté avant l'époque où Solon est devenu archonte, à moins qu'il n'ait renoncé à l'adoption ou qu'il n'ait obtenu l'envoi en possession (2), peut disposer librement de ses biens par testament en faveur de qui il lui plaît, pourvu qu'il n'ait pas d'enfants mâles de son sang, qu'il n'ait pas l'esprit troublé par l'influence de la folie ou de la vieillesse, ou du poison ou de la maladie, ou par les suggestions d'une femme, et qu'il ne soit ni contraint ni privé de sa liberté. » Dans un autre endroit, Démosthène cite cette loi sous une forme plus concise : « Si un homme, étant sans enfants et libre de disposer de ses biens, adopte un fils, que sa volonté soit exécutée (3). »

Le testament était tellement identique à l'adoption qu'il était interdit aux pères d'employer cette forme pour faire un partage entre les enfants ou pour avantager l'un d'eux au détriment des autres : « Quand on a des fils naturels et légitimes, on ne donne pas par testament à l'un d'eux telle ou telle chose particulière, parce que c'est la loi qui remet au fils la fortune des pères, et qu'elle ne permet pas à ceux

1. Démosthène, 2^{me} disc. contre Stéphané, Daresté, Plaidoyers de Démosth., II, p. 30.

2. Ce préambule veut dire, suivant le commentaire de Démosthène lui-même (*ibid*) : « Quiconque est entré dans sa famille non par adoption, mais par naissance légitime ».

3. Démosth. contre Léocharès, Daresté, II, p. 95.

qui ont des enfants naturels et légitimes de prendre des dispositions testamentaires (1).

L'adoption était non seulement le fondement de la succession testamentaire, mais aussi le principe de la succession légitime. Les successeurs ab intestat héritaient en qualité de fils adoptif. Voici comment s'expriment des collatéraux revendiquant une succession ab intestat : « Mais puisque aujourd'hui la prétention de nos adversaires se trouve condamnée, nous demandons à recueillir l'héritage d'Archiadès; *nous demandons que le fils adoptif soit pris parmi nous*, qui n'avons pas été adoptés d'abord. » En effet, ce qui fait la succession c'est la représentation du défunt et la continuation de son culte ». En développant leurs prétentions, ils montrent très bien que la succession athénienne a surtout un caractère moral, auprès duquel le bénéfice pécuniaire n'est qu'un accessoire : « En effet, disent-ils, si le législateur impose aux plus proches en degré, la charge de venir en aide aux membres nécessiteux de la famille et de doter les femmes, n'est-ce pas avec raison qu'il leur donne en compensation les successions *et une sorte de droit sur les biens?* (2) »

L'adoption persiste alors même qu'il y a institution pour partie. Isée nous raconte le cas d'un citoyen qui, n'ayant pas d'enfants, laissa au fils d'un de ses amis, une partie de sa fortune en l'adoptant par acte testamentaire. « Ce Dicéogène, dit-il, est ainsi devenu pour le tiers de l'héritage le fils adoptif de Dicéogène, fils de Ménexène, notre oncle (3). »

L'adoption étant aussi le fondement de la succession autre que celle des fils légitimes, il résulte que la succes-

1. Isée, *Hérit. de Philoctémon*.

2. *Démsth. c. Léocharès, Dareste*, II, p. 80.

3. Isée, *Hérit. de Dicéogène*, 36.

sion des agnats est subsidiaire et subordonnée à la succession testamentaire. Le choix du père de famille passe avant celui de la loi. A l'origine, ce fut la phratrie qui, à défaut d'un testament, se chargeait de fournir un fils adoptif au défunt. Elle donnait mission à l'un des siens d'occuper la maison vacante et d'entretenir la flamme du foyer. Plus tard, ce fut la loi elle-même qui régla l'ordre des successions. Elle établit les degrés suivant lesquels les collatéraux devaient se charger de la représentation du decujus par eux-mêmes, ou de lui fournir un héritier en épousant la fille épiclère, ou en la dotant pour la marier à un autre. Les ascendants étaient exclus de cette succession ; ils ne pouvaient pas devenir les enfants adoptifs de leurs descendants (1).

A côté de la succession testamentaire et ab intestat, nous en trouvons une autre qui présente de grandes analogies avec une institution énigmatique du droit romain, l'*usucapio pro herede*. Lorsqu'un citoyen est mort sans enfants et sans testament, et qu'aucun de ses parents ne s'est présenté pour recueillir l'héritage, le premier venu peut s'en emparer, en se portant fils adoptif du défunt et en s'inscrivant comme tel dans les registres publics. C'était là une adoption posthume et spontanée de la part de l'héritier.

« Quant à Léocratès, disent les plaideurs dans le procès sur l'héritage d'Archiadès, *il posséda le patrimoine d'Archiadès, il s'en porta héritier pendant plusieurs années, comme s'il eût été fils adoptif de ce dernier* (2). » Personne ne songe à attaquer la validité de cette succession. Seulement l'héritier improvisé par lui-même prête le flanc à l'attaque par une autre disposition qui nous révèle une

1. G. Perrot, *L'éloquence judiciaire et politique à Athènes*, p. 381 et suiv.
2. *Démsth.*, contre *Léocharès*, *Dureste*, II, page 80.

nouvelle particularité du droit de succession à Athènes. L'héritier testamentaire devenait le fils du défunt par adoption, et il était tenu de lui procurer une lignée de descendants. Mais il ne pouvait pas les créer lui-même par voie d'adoption. En d'autres termes, il ne pouvait pas tester sur les biens acquis par testament ; testament sur testament ne valait. Pour faciliter les adoptions, la loi avait permis à l'héritier testamentaire de rentrer dans la famille naturelle et de répudier celle du testateur une fois qu'il avait laissé dans celle-ci un fils qui pût continuer le défunt. C'est ce qu'avait fait Léocratès, qui s'était porté par lui-même héritier d'Archiadès. Il rentra dans sa famille paternelle, après avoir laissé un fils dans la maison d'Archiadès. Ce fils et le fils de ce fils imitèrent son exemple, en ayant toujours soin de laisser un représentant au foyer d'Archiadès. Mais le dernier des représentants étant mort sans enfants, la famille chercha à lui substituer un héritier par voie d'adoption posthume. Ils inscrivirent à la hâte dans les registres du dème de Léocratès un des leurs comme fils adoptif du dernier décédé. C'était là une adoption sur adoption. Les collatéraux d'Archiadès attaquèrent ce procédé : « Nous sommes par les mâles et dans l'ordre des degrés les plus proches parents d'Archiadès. Des descendants qu'il s'est donnés par adoption (posthume) les uns sont retournés dans la maison paternelle, le dernier laissé dans la famille adoptive est mort sans postérité. Dans cette situation, nous prétendons recueillir l'héritage... Le fils adoptif n'a jamais le droit d'introduire dans la maison d'autres fils adoptifs. Il doit y laisser un enfant procréé de lui, ou, à défaut, rendre la succession aux lignes collatérales. » Et un peu plus loin (1). « La loi de Solon ne permet

1. *Ibid.*, pages 78 et 80.

pas au fils adoptif de disposer par testament des objets qui se trouvent dans la maison adoptive. »

La grande facilité des adoptions posthumes, jointe au caractère privé des testaments, devait jeter le plus grand trouble dans le règlement des successions. Rien n'était plus facile que de s'improviser héritier spontané d'un riche défunt ou même de se prétendre désigné par le choix verbal de celui-ci. En effet, le testament n'était pas nécessairement écrit, les témoins étaient faciles à trouver, et les juges chargés de décider de la succession étaient des jurés, des jurés athéniens, c'est-à-dire les plus impressionnables, les plus légers, les moins attachés à la lettre de la loi. Un rien suffisait pour renverser un testament ; des considérations d'équité les plus frivoles décidaient souvent les juges à violer les dispositions de la loi, à méconnaître même l'intention manifeste du testateur. Aussi la chasse aux héritages devint presque une profession. Lorsqu'une succession un peu importante venait à s'ouvrir, on voyait apparaître une nuée de candidats, dont chacun se prétendait spécialement appelé par la volonté du défunt. « Combien on vit paraître de prétendus parents et de fils, qui se disaient adoptés par acte testamentaire de Nicostrate. (1) » Le plus grand nombre des procès — et l'on plaidait beaucoup à Athènes — portait sur des questions de succession. Isée put arriver à une haute fortune, rien qu'en préparant des plaidoyers pour et contre les coureurs d'héritages.

La conséquence fatale de ces abus fut que le testament perdit peu à peu sa signification première et le caractère qui avait fait sa raison d'être. Dans les derniers temps de la décadence grecque, la mission religieuse et morale du testament avait disparu ; les citoyens n'y voyaient plus qu'un

1. Isée, *Hérit. de Nicostrate*.

acte purement pécuniaire, destiné à régler le sort de leur fortune. L'héritier institué n'était plus un fils, ni un représentant religieux, mais un chargé d'affaires, un mandataire institué pour accomplir les dernières volontés du mourant. Ce mandataire, appelé *kyrios* ou *épitropos*, gérant la fortune, acquittait les legs, payait les dettes, et servait quelquefois de tuteur aux enfants mineurs du défunt. « Que Nicanor, dit le testament d'Aristote, soit *kyrios* sur l'enfant (Nicomaque, fils du philosophe) et, quant aux autres choses, qu'il y pourvoie de la manière la plus digne de lui et de moi. (1) » Plus tard le *kyrios* n'était plus nécessaire ; le testament ne contenait que des legs. Quelquefois les legs arrivaient à épuiser la plus grande partie de l'actif, ce qui amenait les héritiers légitimes à répudier la succession ; les légataires étaient alors grevés du passif, ce qui permettait au testament d'être exécuté sans héritier. Une bonne fortune nous a conservé les testaments d'Aristote, de Straton, de Lycon, de Théophraste et d'Epicure. Ceux de Straton, de Lycon et de Théophraste ne contiennent que des legs, et ce devait être une pratique bien admise, puisque Théophraste, auteur de plusieurs ouvrages de jurisprudence, était un jurisconsulte de valeur, le seul peut-être que la Grèce pût opposer à ceux de Rome.

1. Bruns, *Die Testamente der Philosophen* dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. V. aussi Schulin, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, Bâle, 1882.

CHAPITRE III

LE TESTAMENT CALATIS COMITIIS

La pratique des testaments apparaît aux origines mêmes de Rome. Procas, roi d'Albe, aïeul de Romulus et de Rémus, lègue son royaume à Numitor, l'aîné de ses fils (1). Acca Larentia, la nourrice de Romulus, lègue sa fortune à celui-ci suivant les uns, au peuple romain suivant d'autres (2). Démarate de Corinthe, réfugié en Etrurie, teste au profit de son fils Lucumon (3), lequel, nommé par Ancus Martius tuteur testamentaire de ses enfants (4), devint cinquième roi de Rome sous le nom de Tarquin l'Ancien. Ces cas, authentiques ou apocryphes, démontrent au moins que dans la conviction des Romains les testaments devaient remonter à une haute antiquité. Si l'on tient compte aussi de la vénération que les Romains ont toujours professée pour l'acte de dernière volonté, on est porté à croire que leur croyance touchant l'âge des testaments n'était pas tout à fait sans fondement.

On ne sait à peu près rien du testament, tel qu'il devait fonctionner à l'époque des rois. Le premier renseignement que nous possédions, est un fragment de la loi des XII Tables, de trois siècles postérieur à la fondation de Rome. Ce texte, ainsi formulé : « Uti pater legassit super pecunia » tutelage rei suæ ita jus esto », valide les dispositions de dernière volonté, mais il ne dit rien de la nature, du tes-

1. Tite-Live, I, 3.

2. Aulu-Gelle, VI, 7.

3. Tite-Live, I, 34. — 4. *Ibid.*

tament, ni de ses rapports avec la succession ab intestat ; encore ces termes paraissent-ils se rapporter plutôt aux legs et aux tutelles, qu'à la véritable institution d'héritier. Ce que l'on sait, néanmoins, c'est qu'à toutes époques historiquement connues, et sous les différentes formes qu'il a pu revêtir, le testament romain a toujours présenté un caractère particulier, qui le distingue nettement du testament grec.

Son but n'est ni de créer un fils, ni de transmettre simplement la fortune ; il institue un héritier, qui doit continuer le défunt, sans être son parent. Jamais il n'est dit que l'héritier entre dans la famille du testateur ; souvent il ne reçoit aucune libéralité des mains de celui-ci, la fortune étant distribuée en différentes sortes de legs qui l'épuisent. Et cependant, malgré la ténuité du lien rattache l'héritier institué à l'héritage aucune disposition dernière, legs ou tutelle, ne vaut que par l'existence et l'acceptation de l'héritier testamentaire. « Heredis institutio, dit Gaius, caput et fundamentum totius testamenti (1). » En second lieu contrairement à ce qui se passait à Athènes, le testateur pouvait instituer un héritier alors même qu'il y a des enfants en présence. Bien plus, ces enfants eux-mêmes peuvent être institués, ce qui aurait été un non-sens à Athènes, les enfants ne pouvant pas être adoptés par leur propre père. A l'inverse ils peuvent aussi être exhérédés. Enfin l'institution testamentaire est définitive. L'héritier institué a la faculté de tester des biens acquis par testament ou de se créer une famille adoptive ; les agnats ne peuvent soulever aucune réclamation. « Semel heres, disent les textes, semper heres (2). » Ce sont autant de différences fondamentales qui distinguent le testament romain du testament athénien.

1. Gaius, II, 229. — Inst., II, XX, 34.

2. L. 88, Dig. *De hered inst.*, XXVIII, 5.

Le caractère particulier du testament romain présente encore de l'intérêt à un autre point de vue très important.

La loi des XII Tables, que nous avons citée plus haut, semble proclamer la liberté testamentaire la plus complète. On dirait, à en juger d'après les apparences, que le père de famille romain pouvait, dès l'origine, disposer de tous ses biens, sans tenir compte des intérêts de la famille. Il faudrait en conclure que le peuple romain a débuté par la propriété individuelle, contrairement à ce qu'on a pu constater chez tous les peuples primitifs. On sait, en effet, que les sociétés primitives ont commencé par la propriété collective, dont le principe est incompatible avec le droit de libre disposition du père de famille. Cela tenait, nous l'avons vu, au caractère corporatif de la famille, à son existence de personne civile, dont le père était le gérant autorisé mais temporaire, et purement représentatif.

Les biens les plus importants, notamment la terre, constituaient un domaine patrimonial, qui se transmettait héréditairement de génération en génération. Quelquefois cette propriété était absolument inaliénable, comme nous le voyons encore aujourd'hui chez certains Slaves; plus souvent encore quoique non défendues d'une manière absolue, les aliénations étaient virtuellement impossibles à cause du grand nombre de consentements qu'il fallait recueillir, comme cela existait chez les tribus germaniques, et très probablement chez toutes les tribus aryennes dans l'antiquité. Ce que le père ne pouvait faire de son vivant, il le pouvait encore bien moins par acte de dernière volonté; la tentation de dépouiller la famille eût été alors bien plus grande et d'une exécution plus facile. Aussi le testament ne pouvait-il pas naître dans les premières sociétés; il aurait été dans ce milieu un non-sens et une impiété.

Lorsque nous avons étudié le testament à Athènes, nous nous sommes bien trouvé en présence d'une société qui pratiquait déjà la propriété individuelle ; mais, même à cette époque, la communauté primordiale n'était pas encore entièrement effacée. Les parents, la phratric, le dème exerçaient encore des droits assez sérieux sur le père de famille. La loi de Solon ne défendait pas l'aliénation du patrimoine héréditaire, mais elle frappait le vendeur de la perte des droits de citoyen (1). A Sparte, il était formellement défendu de vendre sa terre (2). Même défense dans les lois de Locres et de Leucade (3). Phidon de Corinthe, législateur du neuvième siècle avant notre ère, prescrivait que le nombre des familles et des propriétés restât immuable, ce qui suppose que les patrimoines étaient inaliénables (4). Aristote affirma la même chose d'un grand nombre de cités grecques (5). Dans ces conditions, si le testament était permis, il ne pouvait pas avoir pour but de faire passer le patrimoine des aïeux à un étranger, au détriment des proches parents. Aussi n'était-ce pas là, comme nous l'avons vu, le caractère du testament athénien. Ce testament avait pour mission de créer une famille à celui qui n'en avait pas, de procurer au citoyen une postérité que le mariage n'avait pu lui donner. Ce n'était pas à agir contre la famille, mais la favoriser. A Rome, nous trouvons un père de famille, qui peut disposer de l'héritage paternel au profit d'un étranger, sans l'adopter. Ce ne sont plus les parents, qui sont frustrés de leurs droits ; les enfants eux-mêmes peuvent être exhéredés. Cela constitue une nouveauté, qui étonne et arrête. Il semblerait que Rome eût débuté par la propriété individuelle.

1. *Eschine contre Timarque*, Diogène Laërce, I, 55.

2. Plutarque, *Lycurque*, *Agis* ; Aristote, *Polit.*, II, 6, 10.

3. Aristote, *Polit.*, II, 4, 4.—4. *Id. ibid.*, II, 3, 7. — 5. *Id. ibid.*, VII, 2.

et que la marche que les institutions sociales ont suivie chez tous les autres peuples de l'antiquité, eût pris un autre cours à la naissance de celui-ci, pour faire éclore et imposer au monde un droit entièrement nouveau.

Déjà la singularité de ce phénomène devrait nous mettre en garde et nous faire réfléchir. Il n'y a pas de génération spontanée dans l'histoire, pas plus que dans la nature. Le peuple romain aurait-il acquis, dès l'origine, la notion de la liberté testamentaire, par une sorte de révélation juridique due à son génie particulier ? Faut-il croire que la famille a toujours été sacrifiée à Rome ? Pour répondre à ces questions, il importe que nous examinions de près l'organisation primitive de la cité romaine. Bien que le sujet présente de très grandes obscurités et qu'il soit très difficile de se prononcer nettement sur les institutions anciennes de Rome, nous croyons devoir donner au moins une esquisse générale, sans laquelle il est impossible de saisir la signification véritable du testament *calatis comitiis*.

La cité de Rome a été formée par une réunion de familles patriciennes. C'étaient les gentes des trois tribus, les Ramnes, les Tities et les Luceres, qui par leur fusion sous un même chef et un même culte national ont constitué le peuple des Quirites. Il y avait bien à côté des patriciens d'autres ressortissants à la cité : les clients et les plébéiens. Mais la situation de ces derniers était essentiellement inférieure ; les gentes seules constituaient la cité. Après la fusion des trois tribus les gentes étaient au nombre de trois cents, et constituaient des divisions aussi bien civiles et religieuses, que politiques et militaires. Ce dernier aspect de la gens est à relever. C'est le grand mérite de Niebuhr d'avoir démontré l'identité de la gens avec la *décurie* (1).

1. Niebuhr, *Röm. Gesch.*, I, p. 317.

Celle-ci était une sous-division militaire de la curie, corps politique et guerrier, que Denys d'Halycarnasse et Appien assimilent à la phratric grecque (1). L'armée comptait de la sorte trois cents *décuries*, de même que le Sénat comptait trois cents *patres*, un par chaque *gens*. Le groupe de cent familles s'appelle aussi *centuria*. La légende rapporte que Romulus aurait distribué dès l'origine deux arpents de terre à chaque père de famille (2); pareille distribution se faisait plus tard à tout établissement d'une colonie militaire. Or, deux cents *jugera* constituaient une *centurie* (3). Les *bina jugera* de chaque colon constituaient l'*hortus* ou *heredium* patrimonial, qui était probablement inaliénable. A Rome, les deux arpents ne suffisaient pas, naturellement, aux pères de famille patriciens. L'État y ajoutait des concessions en précaire de l'ager *publicus*; d'autre part, les bois et les pâturages étaient communs. On aperçoit aisément de ces détails que la cité de Rome ne reposait pas sur une division territoriale. Ce qui faisait la cité, c'était la confédération des *gentes*, c'est-à-dire une affiliation personnelle, qui n'avait aucun égard au territoire. On a pu dire à juste raison, que Rome a été une fédération de *patres* (4). Aussi toute l'organisation politique et administrative de la ville reposait sur les têtes des *patres* (5). La contribution pécuniaire, le *tributum*, était payé non pas sur les terres, mais par tête, *viritim* (6). Le cens, qui depuis Servius Tullius, devint la base de l'or-

1. Denys, II, 85; Appien, *Bell. civ.*, III, 94.

2. Varron, *De re rust.*, I, 10 : « Bina jugera quod a Romulo primum divisa (dicebantur) quæ viritim (quod) hæredem sequerentur hæredium appellarunt. »

3. Festus, v^o Centuriatus ager in ducenta, jugera definitus; quia Romulus centenis civibus ducenta jugera tribuit.

4. Giraud, *Des successions*, Acad. des Sc. Mor. et Polit., 1879, févr.-mars.

5. C'est Servius Tullius qui a fait la première division territoriale de Rome (Denys, IV, 44).

6. Tite-Live, I, 42; Denys, IV, 83.

ganisation politique et militaire, était fixé par *caput*, c'est-à-dire par tête d'homme sui juris (1). L'expression *caput* désignait à la fois la capacité civile et la situation de père de famille.

En réalité, parmi tous les membres de la famille, le père possédait seul la pleine capacité civile, ou plutôt les capacités des autres s'absorbaient dans la sienne. Il s'identifiait avec la famille et la dominait en maître. La maison tout entière se trouvait dans sa main; aussi le pouvoir dont il disposait sur les personnes et sur les biens s'appelait d'un seul nom, la *manus*. Ce n'est que plus tard que, sous l'action du temps et du progrès, cette puissance se subdivisa en plusieurs: la *manus* proprement dite sur la femme, la *patria potestas* sur les enfants, et le *dominium* sur les esclaves et sur les biens. Mais, même après leur séparation, ces pouvoirs gardaient encore quelque chose de commun, qui tendait à les confondre. La femme était traitée comme l'enfant du mari: « Uxor quæ in manu, dit « Gaius, filia loco est (2). » Les enfants pouvaient être vendus (3), revendiqués (4), comme des biens; jusqu'à Justinien, ils pouvaient faire l'objet d'un *furtum* (5). D'autre part, le pouvoir sur les esclaves était un pouvoir paternel. Lactance l'affirme même pour son temps: « Dominum eundem esse qui « sit pater etiam juris civilis ratio demonstrat; nomen patris « complectitur etiam servos (6)... Unde apparet eundem « ipsum et patrem esse servorum et dominum filiorum (7). »

La loi primitive ne connaissait donc que la *domus*, la

1. Tite-Live, XVIII, 14.

2. Gaius, III, 3.

3. Gaius, I, 132.

4. L. I, § 2, Dig., *De rei vindic.*, VI, I.

5. Serv. *ad Æneid.* — XI, 143: *Filli Servi loco sint parenti*. Denys, II, 27: *δοῦλος τοῦ πατρὸς ἦν*.

6. Inst., IV, I, § 9.

7. Lactance, *Div. Inst.*, IV, 3.

maison, et son chef, appelé pater ou dominus : « pater, qui « in domino dominium habet (1). » Lui seul, étant caput familiae, avait la capacité appelée caput. Il était suæ potestatis, sui juris. Les autres, étaient des sujets, des personnes alieni juris. Ce qui faisait le père de famille à Rome, ce n'était pas la paternité, mais la puissance : « patres « familiarum sunt, qui sunt suæ juris, dit Ulpien (2). » Et il ajoute : « sive puberes, sive impuberes », de même que dans le passage cité plus haut, il dit : « Pater familias « appellatur qui in domo dominium habet ; recteque hoc « nomine appellatur quamvis filium non habeat. » Lors même qu'il n'a pas d'enfants, il a une famille. C'est qu'en effet le mot *familia* (vieux latin *famelia*) dérivé de l'osque *famelo* serviteur (ombrien *famedia*) (3), veut dire tout ce qui est subordonné à la puissance d'un pater (4). Quelquefois on l'applique, dans un sens restreint, à la domesticité, aux famuli ou familiares, comme aujourd'hui on dit la maison pour les gens de maison (5). D'autrefois on l'applique exclusivement aux membres de la famille, aux sui et quelquefois aussi aux agnats. On oppose alors familia à domus. Mais dans leur sens plein, familia et domus sont la même chose, et constituent ce que les Romains appellent la res sua du père de famille (6).

L'unité de la maison est le fondement de la cité romaine. « Una domus, dit Cicéron, omnia communia ; id autem ut « principium urbis et quasi seminarium reipublicæ (7). » Dans la maison une, toutes les choses sont communes ;

1. Ulp., L. 195, Dig., *De verb. signif.*, L. 16.

2. L. 4, Dig., I, 6.

3. Festus, v^o Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata est.

4. Le verbe osque *famaum* veut dire avoir un foyer. Comp. Nissen *pompeische Studien*, 499.

5. Phèdre, Fable III, 19, 3. *Æsopus domino solus quum esset familia.*

6. Loi des XII Tables, V.

7. Cic., *De Off.*, I, 17.

c'est là le principe de la cité et pour ainsi dire la semence de la République. Ce résultat est obtenu par la *patria potestas*. Tout, dans le domaine privé, semble exister en vertu et en vue de cette puissance. Le mariage ne paraît qu'un moyen de la créer (1). La parenté repose moins sur le lien du sang, que sur la *patria potestas*. On appelle parents, à Rome, *agnati*, non pas ceux qui descendent d'un ancêtre commun, mais ceux qui se trouvent ou se sont trouvés jadis sous la même puissance paternelle. « Jure proprio
« *familiam dicimus plures personas quæ sicut sub unius*
« *potestate aut natura aut jure subjectæ... communis jure*
« *familiam dicimus omnium agnatorum ; omnes qui sub*
« *unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appella-*
« *buntur, quia ex eadem domo et gente prodiiti sunt* (3). » La descendance par les mâles a été le fondement de la parenté chez tous les peuples anciens ; mais aucun n'a appliqué ce principe avec la rigueur que l'on rencontre à Rome. Ainsi les Athéniens admettaient les parents par les femmes, les cognats, à peu près sur la même ligne que les agnats au bénéfice de la succession légitime (4). La loi romaine n'a jamais reconnu que les agnats ; ce n'est que lorsque la rigueur de la loi civile a commencé à céder sous l'influence de l'équité prétorienne, que les cognats sont arrivés à se faire valoir à Rome.

Mais la puissance paternelle romaine présente encore un caractère particulier, en ce qui concerne la condition des enfants. Les jurisconsultes romains répètent à l'envi que la *patria potestas* est une institution exceptionnelle, propre à leur cité ; on ne la retrouvait chez aucun autre peuple, sauf chez les Galates. « *Quod jus proprium est civium*
« *Romanorum est*, dit Gaius ; *fere enim nulli alii sunt homi-*

1. Gaius, L. 3, Dig., I, 6.

2. Ulp., L. 195, § 2, Dig., L. 16.

3. Gans, *Erbrecht*, etc., I, p. 579.

« nes qui talem in filios suos habent potestatem, qualem
« nos habemus ; nec me præterit Galatarum gentem cre-
« dere in potestate parentum liberos esse (1). » Denys d'Ha-
lycarnasse est plus explicite ; il montre très bien comment
l'organisation spéciale de la puissance paternelle chez les
Romains, a été la véritable cause de la grandeur de ce
peuple : le tableau qu'il en trace est si saisissant, que
nous allons le donner en entier. « Les lois romaines
« sur l'obéissance des enfants et leur piété envers leurs
« parents présentent une importance et un éclat tout parti-
« culiers, et dépassent de beaucoup les nôtres. Les légis-
« lateurs grecs, en effet, ont donné un terme assez court à la
« puissance paternelle ; les uns l'ont maintenue jusqu'après
« la troisième année de la puberté, d'autres tant que le fils
« restait célibataire ; d'autres finalement, jusqu'à ce que le
« nom du fils fût porté parmi ceux qui sont dignes des fonc-
« tions publiques. Et contre les enfants fautifs ils ont établi
« des peines peu graves, en permettant aux pères de les
« chasser de la maison et de les exhérer, mais pas plus.
« Mais des peines légères ne peuvent pas réfréner la folie de
« la jeunesse, ni la férocité de la nature ; elles ne peuvent pas
« non plus ramener les contempteurs des choses honnêtes à la
« tempérance. C'est pourquoi chez les Grecs les enfants com-
« mettent beaucoup de choses honteuses envers leurs pa-
« rents. Mais le législateur romain a concédé au père la toute-
« puissance sur le fils ; il peut, durant toute sa vie, le jeter en
« prison, le frapper du fouet, le retenir enchaîné au travail
« des champs, ou le tuer, alors même que le fils administre-
« rait déjà la République, et compterait parmi les magistrats
« les plus élevés, et serait loué pour son zèle pour la chose
« publique. En vertu de cette loi, on a vu des hommes illus-
« tres prononçant au forum des harangues hostiles au Sénat

1. Gaius, I, § 55.

« et agréables à la plèbe et qui étaient partout très-célèbres,
« arrachés de la tribune et emmenés par leurs pères, qui
« leur appliquaient des peines suivant leur appréciation. Et
« pendant qu'on les emmenait au milieu du forum, personne
« ne pouvait les délivrer, ni le consul, ni le tribun de la
« plèbe, ni la foule elle-même, qui tous approuvaient cela ;
« car toute autre puissance était considérée comme infé-
« rieure à celle du père. Je ne dirai pas combien d'hommes
« puissants ont été tués par leur père, parce qu'ils s'étaient
« laissés entraîner à un acte courageux, malgré les ordres de
« celui-ci ; comme cela est arrivé à Manlius Torquatus et à
« beaucoup d'autres. Mais cela ne suffit pas encore au légis-
« lateur ; il permit au père de vendre son fils. Et en lui per-
« mettant de tirer profit de son fils en le vendant trois fois, il
« lui a accordé une puissance plus grande que celle du maître
« sur l'esclave. Et cette loi, les premiers rois de Rome l'ont
« observée comme la plus importante de toutes (1). »

Cette puissance a réellement quelque chose d'étrange et d'insolite, qui fait qu'on ne la rencontre nulle part ailleurs, et qu'à Rome même elle a dû avoir des causes toutes particulières. Quelque sainte que soit l'autorité du père chez les anciens, quelque étroit qu'ait été le lien de la famille chez les peuples aryens et sémitiques, aucun d'eux ne présente ce pouvoir absoiu ni cette discipline de fer. Il faut réellement une raison exceptionnelle pour que dans une société aussi active et aussi rapidement développée que celle de Rome, les fils de famille aient pu rester, durant toute la vie de leur père, dans une sujétion aussi pénible. Cette raison quelle peut-elle être ? Il n'est pas difficile de la trouver. Nous avons vu tout à l'heure que les gentes romaines se trouvaient dans un certain rapport avec les

1. Denys, II, 26 et suiv.

curies, décuries et les autres divisions militaires. La légende, certainement mythique en bien des points, doit au moins être crue sur ce point fondamental que Rome a été une colonie militaire fondée par Romulus, « *urbs nova condita vi et armis*, » comme dit Tite-Live (1). Que, la cause en ait été une émigration d'Albe à la suite des démêlés entre Numitor et Amulius, ou simplement un *ver sacrum* (2), il est toujours presque certain que cette colonie était composée par des Latins établis en pays sabin, et que pendant longtemps, avant la fusion complète des deux races, elle a dû se tenir sur le qui-vive et armée jusqu'aux dents. Une discipline très sévère s'imposait en pareil cas. La légende nous rapporte encore que Romulus, législateur en même temps que fondateur de la cité, a posé les bases de la plupart des institutions romaines, et que notamment il a créé la puissance paternelle (3). N'est-il pas visible que cette création se rattache à l'ensemble de l'œuvre de Romulus, et que, comme celle-ci, elle est due à la même inspiration religieuse et militaire ? Il est hors de doute que l'organisation de la famille, de même que son culte, ont préexisté à la fondation de Rome ; ces institutions font partie du fonds commun des Italiotes et des peuples aryens en général. Mais le caractère particulier que ces institutions ont pris à Rome est l'œuvre de son fondateur ou plutôt des circonstances qui ont présidé à sa fondation.

Il faut en réalité nous imaginer la Rome primitive, comme le prototype des colonies militaires qu'elle a répandues plus

1. Tite-Live, I, 19.

2. Festus, v° *Ver sacrum* *vovendi mos fuit Italiam Magnis enim periculis adducti vovebant quæcumque proximo vere nata essent apud se animalia immolaturos. Sed quum crudele videretur pueros ac puellas innocentes interficere perductos in adultam ætatem velabant atque ita extra fines suos exigebant* ; Comp. Denys, I, 16.

3. Denys, II, 26.

tard en Italie et sur les confins de son futur empire. C'est une cité qui ressemble plutôt à une garnison. Mêlés à une population de race différente, subjuguée ou dépossédée d'une partie de son territoire, les compagnons de Romulus devaient vivre les armes au bras et se trouver prêts à combattre au premier signal de leur chef. En temps ordinaire ils se répandaient dans les champs, chacun dans son *pagus* ou *vicus*, se livrant aux travaux agricoles qui les faisaient vivre. Mais au premier symptôme inquiétant, ils étaient à même de serrer les rangs et de se réunir dans la forteresse, l'Arx ou Capitolium qui dominait de sa hauteur les pays d'alentour. Les divisions militaires étaient probablement établies de telle sorte, que les familles et les gentes devaient s'y adapter facilement. Les curies et les décuries n'étaient que des cadres pour les familles. Cette organisation militaire est tellement fondamentale à Rome que le peuple ne porte son véritable nom que lorsqu'il est réuni sous les armes. Il s'appelle alors dans toute la plénitude de son être et de sa force, *populus Romanus* ; dans les délibérations de la paix, il porte le nom moins expressif de *Quirites*. L'armée réunie pouvait délibérer sur des questions politiques et voter des lois. En un mot, l'exercitus était le véritable *populus Romanus*.

On comprend maintenant le caractère de la *domus familiaris* à Rome. La première base est naturellement le lien du sang, sanctifié par la religion, mais son organisation et sa destination politiques sont militaires. La famille apparaît à Rome comme une division quasi militaire du peuple, confiée au commandement du *paterfamilias*. Dans cette petite division, le père est maître absolu. Lorsque les juristes veulent bien caractériser le droit du père sur le fils ils l'appellent « *jus vitæ necisque* ». Mais ce pouvoir est une délégation. Les pères naturels le tiennent de la loi de Romulus ; pour les pères adoptifs il faut une

loi spéciale. La formule de l'adrogation montre très bien que si un vote des comices est nécessaire pour parfaire cet acte, c'est afin de conférer au père adoptif le droit de vie et de mort sur l'adopté : « Velitis, jubeatis, « Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeque « filius sibi siet... quo ei vitæ necisque in eum potestas « siet (1). » Le meurtre d'un Romain était un crime contre la chose publique de la compétence des *duumviri perduellionis*, le père de famille tuant son fils était indemne, bien plus il avait l'air d'exécuter une sentence prononcée par lui au nom du peuple. Ceci est de la pure discipline militaire.

Ainsi qu'on a pu le voir, le droit privé primitif de Rome se réduit à bien peu de chose. Les rapports des citoyens entre eux appartenaient plutôt au droit public ; quant aux rapports du père de famille avec sa domus familiale, ils étaient réglés par la volonté souveraine du père. Entre lui et ses sujets il n'y avait d'autre loi que celle qu'il imposait lui-même. Il ne faut pas croire cependant que son pouvoir ait été sans limite et sans contrôle. Au-dessus de lui se trouve un pouvoir, qui pénètre toute la vie intime de la famille, et devant lequel le père lui-même doit s'incliner. Ce pouvoir c'est la religion. En même temps qu'il est le chef, le père est aussi le prêtre de la famille, et en cette qualité il est tenu plus que personne à respecter la volonté des dieux. Il y a donc dans l'intérieur de la domus, une loi supérieure à l'autorité du père, c'est le *fas* ou *jus divinum* (2). Si le père se laisse aller à des abus envers sa femme et ses enfants il commet un nefas ou une impietas ; de même l'enfant qui porte la main contre le père ou un autre membre de la fa-

1. Aulu-Gelle, V, 49.

2. Fas lex divina, ius lex humana. Isidore Hispal, dans Bruns *Fontes juris antiqui*. — Ad religionem fas, ad homines iura pertinent. Serv. ad *Aeneid.* ; Bruns, p. 405.

mille, commet un *parricidium*, le crime du droit sacré (1). C'est ainsi que sous le couvert de la religion et par l'action des pontifes se développe un droit spécial qui porte le nom de « *ius sacrum* ». Cette espèce de droit canonique embrasse presque tous les actes de la vie civile. Ainsi le mariage s'établit par une cérémonie religieuse, appelée *confarreatio*, et qui consiste dans un sacrifice d'épeautre apporté à Jupiter. L'adoption se fait *apud pontifices* par une *sacrorum detestatio*, accompagnée d'une loi, à cause de la *patria potestas* qui est créée en même temps. La propriété est consacrée par des rites particuliers, dont le sacrifice au dieu Terme. Les obligations étaient contractées par une *sponsio ad aram maximam*, c'est-à-dire par un serment et une damnation devant l'autel d'Hercule au Forum Boarium. La procédure civile est sortie du rite sacré appelé *sacramentum*. Finalement la répression pénale en matière privée était du pur droit pontifical : le coupable était déclaré *sacer* et abandonné à la vengeance des dieux. L'homo sacer était exclu de la communauté des vivants, et le premier venu pouvait lui courir sus. Le *jus sacrum* a gardé pendant longtemps un empire incontesté ; c'était le droit par excellence des patriciens. A une époque bien ultérieure, Pomponius rappelle encore la haute science et l'autorité des pontifes : « *Omnium tamen harum (legum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur quis quoque anno præsset privatis* » (2). C'est au point de vue de ce droit sacré qu'il faut se placer lorsqu'on veut étudier les institutions de la vieille Rome patricienne.

Ces préliminaires établis, nous pouvons maintenant aborder directement l'étude du testament *calatis comitiis*.

1. *Sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitque; parricida esto.* Cic., *De leg.*, II, 9.

2. L. 2, § 6, Dig., *De orig. jur.*, I, 2.

Les auteurs nous disent que les vieux Romains ont pratiqué deux espèces de testaments : l'un en temps de paix, appelé *testamentum calatis comitiis*, et l'autre en temps de guerre, dit *in procinctu*. « Initio, dit Gaius, testamentorum genera duo fuerunt : nam aut calatis comitiis » *testamentum faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est* « *cum belli causa arma sumebant* (1). » Ce texte contient à peu près tout ce que nous savons des vieux testaments romains. On les faisait en temps de paix devant les comices, qui se réunissaient dans ce but deux fois par an.

Et d'abord examinons ce qu'ont été les *calata comitia*. Aulu-Gelle, en énumérant les différentes espèces de comices à Rome, nous dit que les *calata comitia* étaient le peuple réuni dans un but religieux. « In libro Lælii Felicis ad Q. » *Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere calata* « *comitia esse, quæ pro collegio pontificum habentur aut* » *regis aut flaminum inaugurandorum causa... iisdem* « *comitiis et sacrorum detestatio et testamenta fieri sole-* » *bant* (2). » Dans ces comices, qui se réunissaient devant le collège des pontifes, on avait l'habitude de consacrer le pontife suprême, qui était le roi au début, et les flamines ; on y faisait aussi la *sacrorum detestatio* et les testaments. Varron rapporte qu'on appelait aussi *comitia calata*, la réunion du peuple le premier de chaque mois (*Kalendæ*) et les Nones pour entendre annoncer les fêtes et les offices religieux, qui tombaient dans le mois (3). Les comices, dont parle Aulu-Gelle, et qui se rapportent aux testaments, ne se réunissaient que deux fois par an, le 24 mars et le

1. Gaius, II, 101.

2. Aulu-Gelle, XV, 27.

3. Varron, *L. Lat.*, VI, 27 ; Macrobe, *Saturn.*, I, 15, 9.

24 mai (1). Ils avaient, comme les autres, un but exclusivement religieux. Quant à leur composition, nul doute qu'au début ils ne comprenaient que les curies; c'étaient des comitia curiata, les seules existantes jusqu'à Servius Tullius. Après les réformes de ce roi, on peut se demander si les comitia centuriata n'étaient pas aussi calata. C'est l'opinion d'un certain nombre d'auteurs, comme Puchta (2) et Hölder (3). Huschke (4), qui est du même avis, pense que les comitia calata curiata servaient à l'inauguration des prêtres, et les calata centuriata à la consécration des adoptions et des testaments.

Ce point ne présente pas un grand intérêt, si ce n'est qu'il implique dans l'opinion, que nous venons d'exposer, une chose assez curieuse et assez difficile à admettre, savoir la participation des plébéiens aux cérémonies sacrales des patriciens. Aussi croyons-nous que les calata comitia étaient exclusivement curiata. Il s'agissait dans ces réunions de différentes opérations qui touchaient aux sacra des familles, choses éminemment patriciennes et propres aux gentes. Il y était question de la conservation des cultes et du nombre existant des familles. En quoi ces considérations aristocratiques pouvaient-elles intéresser une assemblée où les gentes se mêlaient à la plèbe, et où le principe patricien et sacré était sacrifié à la fortune et au nombre? Aulu-Gelle cite à propos des comitia calata les centuriata aussi bien que les curiata; mais ce n'est qu'une énumération. Dans un autre endroit, il dit expressément que les adrogations se faisaient devant les curies (5). Quant au testament, Dion Cassius l'appelle νόμος ὁ φρατριάτικος, c'est-à-dire lex curiata, puisque les

1. Ces dates, encore contestées, ont été fixées par Mommsen, *Chronol.* 282, et R. *Staatsrech.* II, p. 36.

2. Hölder *Beiträge zur Gesch. d. röm. Erbrechts*, p. 44.

3. Puchta, *Cursus der Inst.*, III, § 306.

4. Huschke, *Rheinisch. Museum*, VI, p. 291.

5. Aulu-Gelle, V, 19.

curies romaines correspondaient aux phratries athéniennes (1).

Cicéron atteste que, de son temps, les comitia curiata seuls pouvaient s'occuper de choses sacrales : « Nunc quia « prima illa comitia tenetis centuriata et tributa, curiata « tamen auspiciorum causa remanserunt (2). » Nous savons aussi que pendant que les deux espèces de comices fonctionnaient ensemble, les décisions des centuries devaient être confirmées par une lex curiata toutes les fois qu'il s'agissait d'une question qui touchait au droit sacré, comme le changement de la constitution, l'introduction de nouvelles magistratures, le choix des consuls, etc. C'était même une des armes les plus fortes des patriciens pour paralyser les volontés de la plèbe ; le refus des curies était toujours motivé par des raisons religieuses, et l'on sait que ces raisons ne manquaient jamais en cas de besoin. Voit-on maintenant les adoptions et les testaments admis par les centuries, votés une seconde fois par les curies ? C'est inadmissible. Mais il est aussi improbable que les comices par centuries aient pu décider de ces choses au même titre que les comices par curies. En effet, on comprend encore que pour des questions de droit privé on ait convoqué deux fois par an les représentants des trois cents gentes. Mais comment comprendre la convocation, dans un pareil but, de toutes les centuries, à savoir d'environ quatre-vingt mille hommes, sous Servius Tullius ? (3). Mais le plébéien qui voulait tester devant les centuries avait un moyen bien plus commode à sa disposition. En cas de guerre — et il y en avait de fréquentes à Rome — il pouvait faire son testament devant l'armée réunie, qui n'était autre chose que les centuries sous les armes.

1. Dion Cassius, XIV, 3.

2. Cic., *Leg. agr.*, II, 11.

3. Dernburg, *Beitrag zur Gesch. d. röm. Testamente*, p. 31.

Un point bien plus important est celui de savoir quel était le rôle du peuple dans les comitia calata. Était-il appelé pour donner son assentiment, ou uniquement pour assister à la cérémonie et prêter son témoignage ? De la solution de cette question dépendra en grande partie la solution de la question principale de cette discussion. En effet, si nous admettons que le peuple votait dans les comitia calata, il en résultera que le testament n'était pas libre dès le début, et qu'une loi était nécessaire pour autoriser le père de famille à tester. Les testaments auraient donc été assez rares dans les commencements, et la succession ab intestat aurait gardé la première place. Il en résulterait encore, que si une loi était nécessaire pour parfaire un testament, la différence n'aurait pas été bien grande entre les testaments et les adoptions. On serait alors conduit à admettre l'identité de ces deux institutions à Rome, comme à Athènes, c'est une théorie que Gans a soutenu avec beaucoup de force. Le testament calatis comitiis formerait alors un pendant au testament athénien.

Si on n'admet pas que le peuple ait voté dans les comices réunis pour recevoir des testaments, la solution de la question principale deviendra toute différente.

Le point est très délicat et divise les auteurs (1).

Examinons la question de plus près. Dans le texte que nous avons cité d'Aulu-Gelle (XV, 27) il est dit : « Tria

1. Les auteurs qui admettent que le testament cal. com. était une loi, sont : Heineccius, *Opera*, t. II, p. 893 ; Thomasius, *Dissert.* LXVIII, t. II, p. 1036 ; Gans, *Das Erbrecht*, etc., II, p. 80 ; Götting, *Gesch. der r. Staatsverfassung*, p. 121 Rubino *Röm. Verfassungsgesch.* I, p. 250 ; Danz, *Der sacrale Schutz*, p. 32 ; Vering, *Röm. Erbrecht*, p. 132 ; Köppen, *Syst. des heut. Erbrecht*, I, p. 13 ; Rhering, *Geist d. R. R.*, § 138 ; Pernice, *Labes*, I, p. 258 ; Kuntze, *Excursus*, p. 136 ; Mommsen, *Röm. Gesch.*, I, p. 156 (Cet auteur s'est rétracté par la suite dans son *Röm. Staatsrecht*, II, p. 36 et dans *Röm. Forschungen*, p. 270. — L'opinion contraire est soutenue par : Dernburg *Beiträge z. Gesch.* [der R. Test.], p. 16 ; Huschke, *Rhein. Mus.*, VI, p. 288 ; Bekker, *Röm. Alterth.*, II, p. 369 ; Lange, *R. Alt.*, I, p. 136 ; Voigt, *Die XII Tafeln*, I, p. 171 ; Hölder, *Beiträge z. Gesch. des R. Erbrecht*, p. 26

« genera testamentorum fuisse accepimus, unum quod
« calatis comitiis in populi concione fieret. » Les calata comitia étaient donc une concio populi. Dans un autre endroit (XIII, 15) en examinant les différentes réunions du peuple d'après l'augure Messala, Aulu-Gelle dit encore :
« Ex his verbis Messalæ manifestum est aliud esse cum
« populo agere, aliud concionem habere ; nam cum populo
« agere, est rogare quid populum quod suffragiis suis aut
« jubeat aut vetat ; *concionem autem habere est verba facere*
« *ad populum sine ulla rogatione.* » Le concio n'était donc qu'une réunion dans laquelle le peuple recevait certaines déclarations, sans agir lui-même et sans prendre une résolution. La rogatio n'est pas tout à fait une lex ; car une lex s'occupe de l'intérêt général, tandis que la rogatio ne touche qu'à des intérêts privés (1). Mais elle comporte toujours une résolution du peuple. Or, quand il s'agit de l'adrogation Aulu-Gelle dit expressément, ce que le nom de l'acte aurait déjà fait supposer : « Genus hoc in alienam familiam transitus per populi *rogationem* fit (3). » Quand il est question du testament, il ne parle plus que d'une simple *concio*, dans laquelle *verba facta sunt ad populum sine ulla rogatione*.

Nous avons encore un autre mot, qui peut nous éclairer. De même que l'adrogation contient une rogatio, le testament contient un élément principal et caractéristique, appelé la nuncupatio ou nomination (2). Cette nomination de l'héritier devant le peuple est, à vrai dire, tout le testament. Or un passage de Tacite va nous montrer très nette-

1. Festus, v^o Rogatio est quum populus consulitur de uno pluribusve hominibus quod non ad omnes pertineat, et de una pluribusve rebus, de quibus non omnibus sancitur. Nam quod omnes homines resve populus scivit, lex appellatur.

2. « Nuncupare ut palam nominare », dit Gaius (II, 104). Ce mot vient de *nomen capere*, de même que *judicare* de *ius dicere* et *vindicare* de *vim dicere*. Comp. Ottfried Müller, *Rhein. Mus.*, V, p. 193.

3. Aulu-Gelle, V, 19.

ment la différence entre l'adrogation et le testament au point de vue du rôle qui est réservé au peuple dans les deux actes. Il reproche à Galba d'avoir adopté Pison, non pas « lege curiata apud pontifices, uti moris est » (1), mais simplement par nuncupatio pro concione (2). Or, cette nuncupatio pro concione, insuffisante pour opérer une adrogation, c'est bien la formalité du testament, telle que la définit Aulu-Gelle. Il est donc bien évident que le testament n'exigeait pas le vote d'une loi.

C'est ce que Théophile dit en toutes lettres. « Et les calata comitia, avaient lieu en temps de paix deux fois par an, de la manière suivante : Le héraut traversait la ville et appelait les citoyens, et tout le peuple se réunissait ; et qui voulait, testait, de sorte que le peuple était témoin, ὑπὸ μάρτυρι τῷ δήμῳ (3). » Et qu'on ne conteste pas le témoignage de Théophile en des matières aussi anciennes pour son époque. On avait l'habitude autrefois de suspecter l'authenticité de ses renseignements, mais depuis la découverte du manuscrit de Vérone, il a fallu reconnaître que le professeur de droit à Constantinople du temps de Justinien était bien renseigné sur les antiquités romaines, et que dans ce qu'il avançait il avait l'habitude de s'appuyer sur les meilleurs auteurs anciens.

Les circonstances de fait ne font que confirmer le témoignage des textes. Comment admettre, en effet, que le peuple, même convoqué par curies, ait pu voter en deux journées tous les testaments de l'année ? On votait pour les adrogations, parce que ces actes étaient de beaucoup plus rares et d'une nécessité moins urgente pour les citoyens. Mais s'il avait fallu un scrutin populaire pour chaque testament individuel, combien de ces actes auraient pu être

1. Tacite, *Hist.*, I, 15. — 2. *Ibid.*, 17.

3. Théophile, *ad* § 1, *Inst. de test. ord.*, II, 40.

admis? De plus, nous savons que les *calata comitia* se sont maintenus pendant très longtemps, pour les opérations sacrales, comme le disait Cicéron que nous citions plus haut. Octavien leur soumet le testament de César, qui l'institue héritier; Tacite en parle à propos de Galba. Cette institution se serait-elle maintenue pendant si longtemps, si elle n'avait pas été de pure forme? Cela se voit aussi dans la manière, dont Théophile parle des vieux testaments *calatis comitiis*. Ces testaments auraient disparu, dit-il, devant le testament *per æs et libram*, parce qu'on n'avait que deux jours par an pour faire les premiers, et que le second pouvait être fait à toute heure. S'il y avait eu entre eux une autre différence, à savoir que les vieux testaments étaient soumis à la ratification populaire, et que les nouveaux étaient libres, Gaius n'aurait pas manqué d'invoquer cette raison bien plus importante et plus décisive.

Il reste donc établi pour nous, que le peuple ne votait pas les testaments. Mais alors que faisait-il dans les *comitia calata*? Théophile nous l'a dit : Il prêtait son témoignage (1). Le testament *per æs et libram* qui a été créé plus tard, a gardé quelque chose du testament précédent ; c'est cette provocation au peuple : « *Itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote* (2). » Le testateur ne demandait pas autre chose aux Quirites réunis que leur témoignage. D'autre part, le nom même du testament l'indique clairement : Testamentum vient de *testari* qui veut dire recevoir témoignage en général, et faire testament, en particulier. Ce mot existait avec ce sens avant la loi des XII Tables (2). La Table V de cette loi porte : si *intestatus* moritur, si quelqu'un meurt sans testament. Cette forme négative suppose nécessairement la forme positive, *testatus*, dans le sens d'un

1. Théophile, *loc. cit.*, II, 40.

2. Gaius, II, 404.

homme qui a fait testament. C'est même l'acception capitale et la plus fréquente du mot : « Si quis, dis Ulpien, ob « *carmen famosum damnatur, senatusconsulto expressum* « est, ut intestabilis sit ; ergo nec testamentum facere poterit, « *nec ad testamentum adhiberi* (1). » Gaius dit aussi : « *Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne* « *ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam* « *putant, neve ipsi dicatur testimonium* (2). » Ce texte se trouve dans le même titre du Digeste que le précédent, le titre qui traite de ceux qui peuvent faire testament. Il en résulte que « *ipsi dici testimonium* » équivaut à « *ipse testamentum facere* ».

Mais alors comment comprendre que tout le peuple ait été convoqué uniquement pour prêter son témoignage ? Le moyen paraît en disproportion avec le but. On aurait donc mis en mouvement un appareil aussi formidable que la réunion des comices par curies, rien que pour fournir des spectateurs à l'acte du testateur ? Evidemment, tel n'était pas le but des Romains. Pour comprendre le rôle des comitia calata, il faut se pénétrer du caractère du témoignage à Rome. Il faut se rappeler qu'à l'époque dont nous traitons, celle qui a précédé les XII Tables, et surtout sous les rois, l'écriture n'était guère en usage chez les Romains. Les actes n'avaient encore que la forme orale, et les témoins qui y assistaient pouvaient seuls leur donner l'authenticité et la certitude voulues. Plus les témoins étaient nombreux ou avaient un caractère relevé, plus l'acte lui-même était inattaquable. En second lieu, il importe de rappeler que la Rome primitive ne connaissait pas les voies d'exécution. Le juge — quand il apparut — ne faisait que déclarer de quel côté était le droit : c'était à la partie à réaliser le droit par

1. L. 18, § 1, Dig., *Qui testam. fac. pos.*, XXXIII, 1.

2. L. Dig. *eod. tit.*

ses propres moyens. Les Romains des premiers temps pratiquaient le régime de la justice individuelle (1). Revendiquer son bien, c'était *vindicare* ; les défenseurs ou garants s'appelaient *vindices* ; les profits du litige *vindiciæ*. Toutes ces expressions viennent de *vim dicere*, établir la force, faire violence, comme *judicare* vient de *jus dicere*, dire le droit, faire droit. Pendant longtemps, les procès étaient introduits à Rome par une lutte simulée qu'on appelait *manuum conseratio*. Ce symbole rappelait la manière dont les anciens Romains se faisaient justice eux-mêmes (2). Sous un pareil régime de justice individuelle l'assistance des témoins était chose précieuse. En prêtant leur concours à un acte, ils s'engageaient aussi à prêter main-forte en cas de contestation (3). La validité de l'acte dépendait aussi du nombre des témoins. C'est donc au double point de vue de l'authenticité et de la validité des actes que la question du témoignage importait à Rome. Quand c'est tout le peuple qui était appelé en témoignage, l'acte était placé sous la garantie et la protection de la cité ; il avait ainsi les avantages d'une loi, sans être soumis à ses conditions gênantes.

Nous arrivons maintenant à la question capitale de cette matière. De quelle nature étaient les déclarations que le père de famille faisait devant les *calata comitia* ? Quel

1. L. 17. pr. Dig., XLIII, 2.

2. V. sur ce point le développement très intéressant de Ihering, *Geist d. röm. Rechtes*, t. I, p. 118 et suiv.

3. Celui qui était déclaré *intestabilis* se trouvait par là placé hors de la communauté des hommes, puisque personne ne pouvait l'aider à réaliser ses droits. L'intestabilité était dans le domaine civil, ce que la sacerdoté était dans le domaine religieux. Horace réunit l'une et l'autre dans la même malédiction : *intestabilis et sacer esto* (*Sat.*, II, 3, v. 187). Plaute recommande comme règle de salut suprême : *Semper caveto ne sis intestabilis* (*Cascul*, I, sc. 1. — On n'appelait aussi à prêter témoignage que des personnes d'une honorabilité absolue, le *jus testimonii dicendi* était un honneur particulier. « *Tarratiam quidem*, dit Aulu-Gelle (VI, 7) *virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est, quæ super ea ad populum « lata, qua lege ei plurimi honores fiunt, iner quos quoque testimonii « dicendi tribuitur.* »

était le but du testament ? Evidemment ce but était d'instituer un héritier autre que les successeurs légitimes. Le testament pouvait encore comporter des legs et d'autres dispositions ; mais ces dispositions ne valaient que par l'institution d'héritier. Celle-ci était caput et fundamentum testamenti. Il importe, en effet, de rappeler ce que nous avons dit au chapitre I de la succession des anciens. L'hérédité antique était étrangère à la question des biens ; son but était purement moral. Elle tendait à assurer l'immortalité bienheureuse des ancêtres par la fidélité des descendants à leur mémoire et à leur culte. Le rapport entre l'héritier et le decujus était éminemment personnel ; la dissolution du patrimoine n'était qu'un accessoire. Nous savons déjà qu'il arrivait assez souvent à l'héritier de ne rien recueillir du patrimoine (1) ; il n'en était pas moins « ejusdem potestatis jurisque, cujus fuit defunctus (2) : de même, « hereditas nihil aliud quam successio in *universum* jus quod defunctus habuerit (3). » Comme le dit très bien Sumner Maine « il est certain que dans l'ancien droit romain relatif aux successions, la notion d'un testament se mêle complètement, on pourrait même dire se confond avec la théorie de l'existence posthume du défunt dans la personne de son héritier (4). » On n'a qu'à se rappeler l'opiniâtreté avec laquelle les Romains ont résisté à l'introduction du bénéfice d'inventaire et d'autres mesures analogues, pour voir que les considérations pécuniaires ont joué un rôle secondaire dans la succession romaine.

Le testament a donc pour but la création d'un héritier. Comment y parvenait-il ? Si nous voulions juger par l'analogie des Grecs, nous répondrions avec Gans : par voie

1. Gaius, II, 224.

2. L. 59, Dig., *De reg. jur.*, L. 17.

3. L. 62, *eod. tit.*

4. Maine, *L'Ancien Droit*, p. 180.

d'adoption (1). L'assimilation, en effet, s'impose. Les Grecs et les Romains ont eu la même origine, les mêmes croyances et à peu près les mêmes institutions. On sait aussi qu'après leur séparation de la souche commune, ils n'ont cessé d'avoir des rapports entre eux; le voisinage de la grande Grèce a permis à l'esprit hellénique de garder son empreinte sur l'esprit romain. On sait aussi que lorsque les Romains se furent décidés à codifier leurs coutumes, ils ont envoyé une délégation en Grèce, afin d'étudier les lois de Solon. Trois membres de cette délégation, P. Posthumius, Sex. Sulpicius et A. Manlius, ont été élus parmi les Décemvirs et ont concouru à l'élaboration des XII Tables (2). Il y a donc grande apparence que l'une des créations les plus remarquables du droit grec ait passé dans le droit romain, ou que le même produit ait poussé spontanément chez les deux peuples parce qu'il y trouvait les mêmes éléments et la même raison d'être.

Le motif, en effet, était le même. La principale mission de l'héritier était de continuer le culte du défunt; le but du testament était la conservation des sacra. Or, chez les Hindous, comme chez les Grecs, le culte domestique ne pouvait être célébré que par le fils du défunt; nous avons vu qu'à Athènes la filiation était devenue la base du droit de succession. Pourquoi en aurait-il été différemment à Rome? L'heres romain devait être comme le *κληρονόμος* grec, le substitut du fils manquant, c'est-à-dire un adopté (3).

Ces considérations sont bien séduisantes, mais elles rencontrent des objections de fait. Comment se fait-il que pour le même but et la même opération, il y ait eu à Rome deux institutions différentes et toujours nettement distinguées par les textes l'adrogation et le testament? Les au-

1. Gans, *das Erbrecht*, etc., II, p. 99.

2. Denys, X, 56.

3. Cette opinion a été admise, en dehors de Gans, par Puchta, *Cursus der Inst.*, III, p. 228, et par Vering, *Röm. Erbrecht.*, p. 127.

teurs romains n'auraient-ils pas dû commencer l'histoire des testaments par le testament *per æs et libram*, si celui-ci était le premier testament distinct de l'adoption ? Mais le testament *in procinctu* devient aussi impossible. Etant contemporain et équivalent du testament *calatis comitiis* il devait aussi contenir une adoption. Il se faisait pourtant par une déclaration devant l'armée et nous savons que Tacite, six siècles après l'expulsion des rois, à une époque de décadence, trouvait encore osé de la part de Galba d'avoir adopté Pison par une déclaration devant les légions. Mais ce système devient aussi inadmissible par ses conséquences. L'héritier institué par une adoption devrait être, cependant, un *heres suus et necessarius*. Aucun texte ne nous permet une pareille supposition. Au contraire, dans l'esprit du droit romain, l'héritier testamentaire est généralement un *extraneus*, à moins que le père ne pense instituer son fils. Mais, dans la théorie que nous combattons, une pareille institution était impossible ; le père, en effet, ne pouvait pas adopter son propre enfant. Il faudrait aussi admettre que le testament n'était possible que dans l'absence d'enfants légitimes ; et comme corollaire à ce principe, que l'exhérédation des *sui* était inconnue avant l'introduction du testament *per æs et libram*. Il faudrait aller plus loin et exiger du testateur toutes les conditions imposées à l'adrogéant : d'être par exemple invalide et hors d'âge d'avoir des enfants, de compter dix-huit ans de plus que l'institué, etc. Les femmes auraient été privées du droit de tester, ce qui n'est pas admis même dans le droit le plus ancien : on connaît le testament d'Acca Larentia ; les Vestales testaient et d'une manière générale, toutes les femmes *sui juris* pouvaient faire testament (1). Il est évidem-

1. Cic., *Top.*, 7 ; 7. Aulu-Gelle, I, 12 ; Gaius, I, 115, II, 122 ; Ulp., *Fragm.* XI, 8, XX, 15 ; *Ibid.*, L. 5 ; Dig., *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1.

ment impossible d'assimiler le testament à l'adrogation.

Il y a pourtant quelque chose de vrai dans la thèse que nous venons d'exposer et de combattre. Quelque effort que l'on fasse, il est impossible de méconnaître que le testament conserve une profonde affinité avec l'adrogation, qu'ils sont sortis tous les deux d'une même origine, que pendant longtemps probablement ils n'ont dû former qu'une seule et même institution. Un même mobile, tenant aux entrailles mêmes de la famille antique, a fait naître les deux institutions. Elles servaient l'une et l'autre à la procréation légale d'un successeur religieux. A Athènes, nous avons vu qu'elles sont restées longtemps confondues sous le même nom d'ἐισποίησις, adoption ; le testament devient seulement un moyen plus expéditif de réaliser cette adoption. Puis avec la décadence des croyances et des mœurs anciennes, le testament διαδεχῆ a perdu son caractère primitif et est devenu une institution tout à fait distincte. A Rome, la marche du développement a dû être la même, sauf une différence dans le temps. Le testament et l'adrogation sont arrivés assez vite à se distinguer l'un de l'autre, mais il ne reste pas moins probable qu'à l'origine ils ont formé une même institution. Bien des choses l'indiquent : la survivance de l'adoption testamentaire, la locution assez employée de « testamento adoptare » sont des vestiges du passé (1). Le testament lui-même garde aussi un certain caractère législatif. Il porte quelquefois le nom de *lex* : « Legem testamento dicere (2), legatario legem dicere (3),

1. Voici les textes où il est question de l'adoption testamentaire : Cic., *Off.*, III, 48. *Brutus*, 58. *Pro domo* 14. — Ovide, *Metamorph.*, XV, v. 818. — Cornelius Nepos, *Atticus*, ch. 2. Epitome Livii, lib. CXVI. — Suétone, *Jules*, 83, *Octave*, 101, *Tibère*, 6. *Galba*, 17. — Sénèque, *De brevitate vitæ*, ch. 45. — Plinius, *Epist.*, VIII, 18. — Appien, *Bell. civ.*, II, 141, III, 94. — Vell. Patere., II, 59. — Florus, IV, 4. — Eutrope, VII, 4. — V. aussi L. 7 et L. 63, § 10; Dig., *ad. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1.

2. L. 14, Dig., XXVIII, 1; L. 114, 514, Dig., XXX.

3. L. 40, 31, Dig., XL, 5.

« nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei
« recedere ei non liceat (1). » Tester s'appelle couramment
legare, notamment dans les XII Tables. « Verbis legis
« XII Tabularum his : Uti legassit suæ rei, ita jus esto, la-
« tissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et
« legata dandi, etc. (2). » Les Grecs traduisent généralement
le testament romain par νόμος ; Dion Cassius appelle le tes-
tament calatis comitiis νόμος ὁ φρατρίατικός (3). Tester se
traduit par νομοθετεῖν (4). Il ne faut pas oublier non plus que
la testamentifacio a toujours été considérée comme fai-
sant partie du droit public : « Testamenti factio, dit Papi-
nien, non privati sed publici juris est (5). Ce sont là autant
de raisons qui rapprochent le testament de l'adrogation.

Dans notre conviction, ces deux institutions n'en for-
maient qu'une seule à une époque très reculée de l'his-
toire romaine. Si elles ont été distinguées plus tard, et
c'est là l'originalité de la législation romaine, cela tient à
la nature particulière de la patria potestas à Rome. C'était
trop présumer, en effet, de l'héritier institué que de
l'assujettir à la puissance formidable du testateur et de
lui enlever la disposition de ses biens pendant tout le temps
que le testateur restait en vie. Le testament mêlé d'adoption
aboutissait à rendre presque esclave un citoyen libre et
maître de lui-même. Une pareille perspective ne devait
pas trop tenter les candidats héritiers. Aussi est-il proba-
ble qu'à cette époque les héritiers se dérobaient. Mais les
pères de famille privés d'enfants ne pouvaient pas non plus
décéder sans héritiers. Les guerres étaient fréquentes : on

1. L. 23, pr. Dig., XXXIII.

2. L. 420, Dig., L, 16.

3. Dion Cass., XIV, 3.

4. Justinien, Nov., XXII, cap. 2; Jean Chrysostome, *ad Act. Apost. Homi.*
I, p. 615.

5. L. 3, Dig., XXVIII, 1.

pouvait mourir d'un moment à l'autre ; la destruction d'une maison n'était pas chose indifférente à la cité. Le peuple et les pontifes prirent alors un parti décisif : ils résolurent d'enlever à l'acte de dernière volonté la grande difficulté qui le rendait impraticable. Quelle nécessité y avait-il d'imposer à l'héritier institué une *patria potestas*, qui ne devait le frapper, en principe, que pendant un instant de raison, et qui, en fait, pouvait se prolonger plus ou moins longtemps suivant le degré de vitalité du testateur ? Il était plus simple et certainement plus utile d'écarter la *patria potestas* d'une opération où, à vrai dire, elle n'avait que faire. Aussi, à un certain moment, que nous ne pouvons pas préciser, mais qui appartient certainement à l'époque royale, le peuple se décida à ne pas soumettre l'héritier à la puissance du testateur. Cela eut pour conséquence de faire tomber la *rogatio*, et de réserver la décision en matière de testament au père de famille et aux pontifes. Nous pouvons nous figurer assez facilement comment les Romains ont été amenés à une pareille décision. Nous avons vu, en effet, que l'adrogation était un acte en deux parties : l'une qui se passait devant les pontifes et le peuple réunis en simple *concio* et qui avait pour objet l'initiation sacrale de l'adopté ; et l'autre partie qui se passait devant le même peuple réuni en assemblée législative afin de conférer à l'adoptant le *jus vitæ necisque* sur l'adopté. On n'avait qu'à séparer ces deux actes et n'en garder que le premier, pour créer le testament *calatis comitiis*. Le vote d'une loi spéciale devenait inutile, ce qui ne veut pas dire que le peuple et les pontifes étaient destitués de tout contrôle ; il est très probable, au contraire, qu'une *causæ cognitio* publique continuait à précéder le testament, comme elle avait précédé l'adrogation. Les nouvelles dispositions eurent pour effet de détacher le testament du *jus publi-*

cum pour le maintenir dans le jus sacrum, d'où il passa plus tard dans le jus civile.

Dès cette époque, l'héritier n'entre plus dans la communion du testateur qu'au point de vue religieux et privé. Il recueille sa maison, accomplit les rites funèbres, célèbre les fêtes domestiques, et s'acquitte en un mot de tous les devoirs de la parentatio. Mais il n'est pas son *filius familias* aux yeux du droit public ; il n'a jamais été *in potestate defuncti* ; il n'est pas son agnat ni celui de ses agnats. Cette constatation semble évidente par elle-même pour tous ceux qui se sont familiarisés avec les principes de la succession romaine. Mais voici un fait, parmi beaucoup d'autres, qui l'établit irréfutablement. Nous avons dit que le soin des sépultures constituait une partie essentielle, sinon la principale de la religion antique. A Rome, on y veillait avec un soin extrême. La communauté des sépultures pour les membres d'une même gens était un point aussi essentiel de la constitution de la famille, que la communauté du culte lui-même : « Magnum enim, dit Cicéron, eadem habere
« monumenta majorum, iisdem uti sacris, sepulcra habere
« communia (1). » Et dans un autre endroit il ajoute : « Tanta
« religio est sepulcrorum ut extra sacra et gentem inferri
« fas negent esse ; idque apud majores nostros D. Tor-
« quatus in gente Popilia judicavit (2). » Or le tombeau des héritiers était distinct de celui de la famille. « Fam-
« liaria sepulcra, dit Gaius, dicuntur quæ quis sibi fami-
« liaque suæ constituit ; hereditaria autem quæ quis sibi
« heredibusque suis constituit (3). » On rencontre très souvent sur les tombeaux romains l'inscription suivante : HIC LOCVS OU HOC MONVMENTVM HEREDEM NON SEQVITVR, qui était d'un emploi tellement fréquent que la plupart du temps

1. Cic., *De Off.*, I, 17.

2. *Ibid.*, *De leg.*, II, 22.

3. Gaius, L. 5, *Dig.*, *De relig.*, XI, 7.

on ne marquait plus que les initiales : H. L. ou H. M. H. N. S. (1). Bien plus rarement on rencontre l'inscription contraire : HOC MONUMENTVM HEREDEM SEQVITVR (2). Tous ces faits prouvent que l'héritier ne comptait pas dans la famille, ou pour mieux dire dans la gens du défunt.

Il est assez malaisé de préciser la véritable condition de l'héritier, aussi que l'ensemble de ses rapports avec la personnalité du decujus. Les textes de l'époque classique nous disent bien : « Heres in omne jus mortui succedit (3) ; « heredem ejusdem potestatis jurisque esse cujus fuit « defunctos constat (4) . » Mais il n'est pas moins certain, que l'héritier ne succédait ni aux droits de famille, nous venons de le voir, ni à la condition sociale et aux droits politiques du défunt. Il reste étranger aux droits strictement personnels, « quibus personæ conditio locum facit (5). » S'il fallait absolument donner une formule précise, nous dirions que l'héritier succède à la domus familiale du défunt. Cette expression qui à l'origine comprenait tout ce qui était soumis à la puissance du père, les personnes comme les biens (6), s'applique assez généralement plus tard à la maison y compris les sacra, déduction faite des liberi. Avec le temps (7) familia devient synonyme de patrimonium (8).

1. Orelli, *Inscript.*, nos 4379, 3926, 4155, 595, 2807 et 4182.

2. *Ibidem*, n° 4397.

3. Pomp., L. 37, Dig., XXIX, 2.

4. Ulp., L. 59, Dig., L. 17.

5. Paul, L. 68, Dig., L. 17, aussi LL. 12 et 13, Dig., XXIV, 3; L. 8, § 3, Dig., XXXIV, 3.

6. Caton, *De re rustica* (141, 2 et 3), donne l'antique formule de la lustration qui commence ainsi : « Mars Pater te precor quæ oque ut sis volens propitius mihi domo familiarumque nostra. »

7. *Ibid.* : Lex struis communis : (134, 2) mihi liberisque meis domo familiarumque meæ. — Lex luci conduc. (139) mihi domo familiarumque meæ liberisque meis ; Tite-Live, III, 55 donne le texte la loi de Valeria et Horatia : « Ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad ædem Cereris, liberi liberæque venum iret. »

8. Gaius, II, 102 : Familiam suam, id est patrimonium suum ; Ulp.,

Nous envisageons de la sorte le *decurus*, non plus comme *paterfamilias*, mais comme *dominus*. La différence entre ces deux expressions est assez grande, pour que Cicéron protestât avec indignation contre leur assimilation : « Non heros nec dominos appellabant eos quibus juste paruerunt, denique ne reges quidem, sed patriæ custodes, sed patres et deos (1). » Or, à ce point de vue, la terminologie des textes en matière de succession est d'une unité et d'une logique absolues. Le texte que nous venons de citer montre *dominus* synonyme de *herus* (2). *Herus* qui est le terme le plus ancien (3), dérivé probablement de ἔρα terre (d'autres le rapprochent de κύριος, dominus, ou de χεῖρ, manus), désigne proprement le maître du sol. *Heres* a le même sens : « Heres apud antiquos pro domino ponebatur, » dit Festus (4). » De même les Institutes : « Veteres enim heredes pro dominis appellabant (5). » La seconde expression est dérivée de la première avec la forme qui marque en grec la descendance ou les noms patronymiques. *Heresedis* est le successeur de *herus*, i, comme à Athènes un Butadès était descendant de Butès ou un Phytalidès continuateur de Phytalès. De même, le patrimoine familial s'appelle *herctum* ou *horctum* : « Horctum et forctum pro

L. 195, Dig., 16 : Familiæ appellatio varie accepta est : nam et in res et in personas deducitur. In res ut puta lege Duodecim Tabularum his verbis : Agnatus proximus familiam habet.

1. Cic., *De rep.*, I, 41 ; *Idem, De Off.*, II, 7 : Iis qui vi oppressos imperio coercent, ut sane adhibenda sævitia, ut heri in famulos, si aliter teneri non possunt.

2. Legis autem Aquiliæ actio hero competit, hoc est domino (Ulp., II, § 6, Dig., IX, 2).

3. On le rencontre couramment chez Plaute et les écrivains un peu anciens. Hoc ubi amphitrio herus conspicatus est (*Amph.*, I, 1, 87). Me meus herus fecit ut vigilarem (*Ibid.*, 41). Quis herus est tibi ? (*Ibid.*, 206, 225). Nonnæ heræ meæ nunciam quod herus meus jussit, licet ? (*Ibid.*, 296. — Ubinam est herus ? Major apud forum. — 'st, minor hic est intus (*Id.*, *Asin.*, II, 2, 63). Nec victoris heri tetigit cubile (Virgile, *Æn.*, III, 323). O here, quæ res nec modum habet (Hor., *Satyr.*, II, 3, 265).

4. Festus, v° *Heres*.

5. Inst., II, 19, § 7.

« bono dicebant, dit Festus (1). » *Horctum* ou *hortus* était l'enclos primitif protégé par Jupiter herceus (2). On l'appelle aussi *heredium* (3). *Hereditas*, au contraire, est le bien transmis d'une personne à une autre (4). Dans toutes ces expressions, on constate que l'hérédité, quel que soit d'ailleurs son caractère moral, porte sur le domaine de la famille, et non sur la famille elle-même, telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Voici d'autres faits. Lorsque les Romains veulent caractériser la situation d'un fils héritier sien, ils disent : « *Heres nominis, sacrorum familiæque* (5). » Le *nomen*, dont il est question ici, c'est le nom patronymique, qui passe invariablement du père au fils. Ainsi le vainqueur d'Annibal s'appelait Publius Cornelius Scipio ; Publius et Scipio étaient le *prænomen* et le *agnomen* ; le *nomen* véritable était Cornelius, celui de son père et de sa gens. Le *nomen*, en effet, marque la gens à laquelle on appartient (6), et souvent on le prend pour synonyme de la gens elle-même : « *Corvinos simul Torquataque nomina* », dit Lucain (7). En rappelant les trois liens de parenté des sui, des cognati et des agnati ou

1. Festus, v° *Horctum*. La racine *her* (sanskrit *var*) se retrouve dans presque tous les dialectes italiotes avec le sens de vouloir (v° Fabretti, *Glossarium italicum*, p. 572 et suiv.). De là viennent les noms : Herennius et Hercules, les verbes : *hercere* (grec *ἔρχειν*) séparer, ou *heriscere*, acquérir ; *heriscere* (de *herctum* et *cisco* ou *cieo*, diviser) partager.

2. Ζεύς ἑρκεύς. Festus, v° *Herceus*. Jupiter intra conspectum domus cujusque colebatur, quem etiam deum penetralem appellabant. Denys (I, 67) appelle les Pénates θεοὶ ἑρκεῖοι.

3. In XII Tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea hortus ; in horti vero heredium (Pline, IV, 4, 5). Festus, v° *Heredium* prædium parvulum. Ce sont les bina jugera de Romulus. In Sabinis heredium a patre relictum habebat (Cornel. Nepos, *Cat.*, I).

4. Cic., *Top.*, 29 ; *Verr.*, II, 49 ; *De rep.*, III, 17 ; *De inv.*, II, 63.

5. Tite-Live, XLV, 40. E filiis quos solos nominis sacrorum familiæque heredes retinuerat domi.

6. Festus, v° *Gentilis* Dicitur et eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur.

7. Lucain, *Phars.*, VII, 584 ; Virgile, *Æn.* Illustres animas nostrumque in nomen ituras. I. 2 ; Code, *De Incestis*, V, 5 ; Ditio Romani nominis ; Sénatusc. *De bacchanalibus* : CEIVS ROMANVS NEVE NOMINVS (pour *nominis*) LATINI.

gentiles, Cicéron dit : « Tulit hoc commune dedecus jam
« *familiæ, cognationis, nominis* graviter filius (1). » Quand
il s'agit d'une adoption entre vifs ou testamentaire, les
auteurs n'omettent pas de mentionner la transmission du
nomen : « Crispum, dit Tacite (2), C. Sallustius in nomen
« *ascivit.* » « Testamento Cæsaris, dit Tite-Live, heres ex
« parti dimidia institutus, C. Octavius, sororis nepos, et in
« nomen adoptatus est » (3). « In ima cera, dit Suétone du
« même cas, C. Octavius in familiam nomenque adopta-
« vit (4). » Il y avait bien là une adoption véritable, puisque
Octave a été forcé de soumettre le testament de César aux
calata comitia et de faire une *rogatio* pour ainsi dire pos-
thume (5). Cette *adoptio in nomen* faisait entrer l'adopté dans
la gens de l'adoptant et le rendait agnat de tous ses agnats (6).
Rien de pareil pour l'héritier institué. Il ne succède qu'à la
familia (pecunia, plus tard) et aux sacra du défunt : « Relictus
« heres, dit Festus, sic pecuniæ ut etiam sacrorum erat (7). »
Dans un passage célèbre des *Tusculanes*, Cicéron, en dépit
d'une redondance fâcheuse, montre que le nomen n'est pas
le partage de l'héritier institué. « Quid procreatio liberorum,
« s'écrie-t-il, quid propagatio nominis, quid adoptiones
« filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa
« sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi
« nos futura cogitare ? (8). » Il est visible que les *adop-*
tionis filiorum ne sont qu'une répétition de la *propagatio*
nominis ; ou que du moins celle-ci se rapporte au terme qui
la précède et à celui qui la suit, sans aucun égard aux tes-

1. Cic., *Pro cluent.*, VI, 16.

2. Tacite, *Annales*, III, 30.

3. *Epitome Livii*, CXVI.

4. Suétone, *Vie de Jules*, 83.

5. Dion Cassius, XLVI, 47 ; Appien, *De bello civ.*, III, 14.

6. LL. 7 et 23, Dig., I, 7 ; L. 9, Dig., II, 4.

7. Festus, v° *Sine sacris hereditas*.

8. Cic., *Tuscul.*, I, 14.

taments. Le testament le rend donc étranger au nomen. Sous l'Empire, on voit quelquefois des héritiers institués sous la *conditio nominis ferendi* (1), mais ce sont des exceptions, peut-être des adoptions testamentaires.

Une conséquence très probable de la non-transmission du nomen, c'est que l'héritier ne succédait pas à tous les sacra du défunt. Il recueillait certainement les sacra personnels du decujus et particuliers à la domus, mais il nous paraît douteux qu'il ait pu entrer dans la communion des sacra gentilices. En énumérant les différentes espèces de sacra, Festus dit: « ... at privata, quæ pro singulis nominibus, familiis, gentibus fiunt » (2). Savigny a démontré que les sacra pro familiis n'étaient qu'une erreur de Festus (3); il n'y avait réellement que des « sacra pro singulis hominibus » et des « sacra pro gentibus ». Il est indubitable qu'à l'époque très reculée où la famille et la gens ne faisaient qu'un seul corps, le culte du père de famille était aussi celui de sa gens, ou plutôt ce dernier culte ne s'était pas encore détaché du premier. Mais à l'époque déjà avancée où se place l'apparition du testament, la domus privée était déjà bien éloignée de la souche première figurée par la gens, et le nombre de ces foyers privés devenait trop considérable pour que le lien gentilice ne se fût grandement relâché. A mesure que la société romaine se développe, le culte gentilice ne se rattache plus qu'à un être légendaire, l'ancêtre authentique ou supposé, qui a donné son nom à toute la famille *ejusdem*

1. L. 63, §40, Dig., XXXVI; Suétone, *Vie d'Octave*, 101; L. 7, Dig., XXXVI, V le Testament de Dasumius (dans Bruns, *Fontes juris antiqui*): Si se nomen meum laturum promiserit.

2. Festus, ^{ver} Publica sacra.

3. *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft.*, II, 383 et suiv.

gentis. Dans la seconde moitié de la république le Lare gentilice n'est le plus souvent qu'une divinité d'un ordre supérieur. Les Julii vénéraient Vejovis et plus tard Apollon; les Nautii Minerve; les Potitii et les Pinarii, les plus vieilles familles de Rome, Hercule; les Horatii Juno sororia et Janus Curiatius; les Fabii Quirinus; les Aurelii le Soleil, etc. Quelquefois les gentes se chargeaient d'un culte public; ainsi les Scipions, en attendant d'organiser leur culte gentilice, hébergèrent la Magna Mater (1); la gens Julia se constitua en collège pour desservir le culte de Vénus genetrix (2). D'autres fois le culte d'une gens passait à l'État; ainsi parmi les Luperques il y avait des Fabiani, Quinctiales et Juliani. Il est très probable que des cultes pareils étaient hors de la sphère de la *domus familiarique*, transmise à l'héritier. Celui-ci y accédait peut-être par une participation de pure forme; peut-être aussi recevait-il une initiation particulière aux jours de fêtes gentilices dans le *sacellum* ou chapelle de la gens. Dans tous les cas l'affiliation de l'héritier à la gens ne pouvait avoir qu'une signification religieuse, sans portée politique ou civile. Ce point nous échappe, faute d'un texte. Mais il nous paraît très probable que l'*obtestatio sacrorum* à laquelle procédaient les pontifes au moment de la confection du testament, devait avoir pour objet d'initier l'héritier aux *sacra pro singulo homine* du défunt. Et cela se comprend: si le testament avait pour but, ainsi que l'attestent les auteurs, de sauver un culte sur le point de périr (3), ce ne

1. Tite-Live, XXIX, II, 44.

2. Pline, II, 93.

3. Cicéron, *De leg*, II, 19: Cur igitur hæc tanta facimus, quum cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius, hæc sit una sententia ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hæc posita hæc jura pontificum auctoritate consecuta sunt ut ne morte patris sacrorum memoria occideret, iis est ea

pouvait être le culte gentilice, assuré, par le nombre de ses fidèles, d'une perpétuité indéfinie. C'était assurément le culte privé du mourant, qui sans un continuateur choisi aurait vu ses *sacra* s'éteindre avec sa vie. Ces *sacra singuli hominis* étaient du reste assez considérables pour suffire à la dévotion d'un chef de maison. C'était d'abord le culte des dieux de la maison, les *Penates* et *Lares familiares*, ensuite les cérémonies funèbres, les *dies denicales*, les *dies natales*, et les *operationes*, parmi lesquelles il faut compter les *vota* (1). Ces vœux étaient d'une importance capitale pour les Romains. Dans leurs croyances, une foule de divinités grandes et petites entouraient l'homme de toutes parts, et se mêlaient de ces actions, en les favorisant ou les contrecarrant suivant leurs dispositions à son égard. Il importait de se les concilier dans toute entreprise. Aussi les Romains ne manquaient-ils, au début de toute action, de se rendre les divinités favorables, en se liant envers elles par des promesses et des vœux. Ces *vota* devaient être remplis avec la dernière rigueur, non seulement du vivant de l'engagé, mais encore après sa mort, puisque par leur essence, ils étaient perpétuels. Aussi l'héritier y succédait-il au premier chef. « *Voti enim obligationem, dit Ulpien, ad heredem transire constat* (2). » L'invention des pontifes avait donc pour but, en outre de l'initiation générale de l'héritier aux *sacra* du défunt, de le substituer à celui-ci dans ses engagements et promesses envers les dieux.

De cette manière l'héritier ne recevait pas seulement le dépôt du *sacra* et de la *domus* du défunt, mais aussi celui

adjuncta ad quos ejusdem morte pecunia venerit. Gaius, II, 55, quare autem omnino tam improba possessio et usucapio pro herede concessa sit illa ratio est quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent.

1. Festus, v° *Privatæ feriæ*.

2. Ulp. L. 2, § 2, Dig., *De pollicit.*, L. 12.

de son honneur. Il assumait la mission de sauver la foi de son auteur devant la divinité; il succédait à ses obligations. Nous aurons à revenir plus tard, à l'occasion du testament per æs et libram, sur les rapports de l'héritier avec le passif de la succession. Mais nous pouvons poser dès maintenant le principe qu'au moins pour ce qui concerne le testament calatis comitiis, l'héritier succédait aux charges du défunt. Et d'abord, n'aurions-nous pas d'autre raison, nous devrions décider affirmativement, par le seul exemple des vœux et pollicitations envers les dieux. Mais cet exemple est une raison suffisante par elle-même, puisquedans le droit privé primitif, qui n'était autre que le jus sacrum, les obligations contractées envers les hommes étaient des engagements pris envers la religion. Nous savons, en effet, que le contrat le plus ancien à Rome était la *sponsio ad aram maximam* accompagnée de serments et de damnations. Cette *sponsio* était elle-même un *votum* envers Hercule. De la sorte, le débiteur s'engageait non seulement envers le créancier, mais aussi envers l'une des divinités les plus respectées à Rome. L'héritier étant tenu du *votum*, était lié aussi par l'obligation. Il devenait ainsi le représentant du défunt devant les dieux et devant les hommes.

Mais, en recevant la mission de sauver l'honneur du défunt *erga omnes*, l'héritier obtenait lui-même une faveur qui n'était pas peu considérable. Toutes les successions n'étaient pas obérées, notamment à l'origine; les charges pécuniaires ne devaient pas être bien grandes. En revanche, il fallait à l'héritier une réputation sans tache pour être offert aux divinités en remplacement du défunt. Les pontifes veillaient à ce que le premier venu ne pût bénéficier d'une pareille substitution. Mais ce n'était pas tout; le défunt lui-même, en passant au rang des Lares, devenait un dieu destiné à recevoir un culte et le respect des vivants. Quel

honneur pour l'héritier d'être son représentant sur la terre et le dépositaire de ses volontés : c'était la distinction suprême, la plus haute marque d'estime qu'un citoyen pût recevoir dans le domaine de la vie privée. Les textes parlent toujours de l'honneur de l'hérédité : « Testator qui « *honorem habitum* voluit his, quibus relinquitur (1); « *plerumque evenit multorum interesse quod relinquitur*, « *verum testatorem uni voluisse honorem habitum* (2); « *hereditates pleniore honore* tribuantur (3); *honore* pro- « *prio omisso alienam institutionem malle* (4). » Un frère ayant été omis par un testament, « *quod ad alios quam qui* « *exspectabant honorem hereditatis transtulerit* » (5), se trouve être la victime d'un *flagitiosum silentium* et d'une *contumeliosa prælatio* (6). L'importance de l'honneur testamentaire s'aperçoit surtout à l'époque de décadence, où les derniers respects et les dernières vertus surnagent au milieu de la corruption envahissante. Sous l'empire, on voit des personnages très élevés, des empereurs même, tenir à l'honneur d'être institués héritiers par de simples citoyens. L'usage s'établit même de proclamer les héritiers et de les traiter en conséquence *coram publico*, longtemps avant l'époque où le testateur pût penser à mourir, sans que l'opinion publique y vît un abus ou des tentatives de captation. Aussi la piété était grande à l'égard des testaments quel que fût leur contenu. Fulcinus Trion se livre dans son testament à des invectives très graves, « *multa et atrocia* », contre Tibère et ses favoris, et l'empereur, « *patientiam* « *alienæ libertatis ostentans* », ordonne à l'héritier de le

1. L. 52, § 2, Dig., V, 1.

2. L. II, § 20, Dig., XXXII.

3. L. 5, § 6, Dig., XXXVII.

4. L. 26. *pr.* Dig., XXIV, 5.

5 et 6. Valère Maxime, VII, 7 et 8; Comp. Tacite, *Annales*, III, 76.

6. Valère Maxime, VII, 8.

lire à haute voix, suivant l'usage (1). Pétrone, terrifié par la colère de Néron, s'ouvre les veines, mais il consigne dans un codicille toutes les turpitudes de son maître, et le lui envoie (2). A la fin de l'empire, Constantin écrit encore : « Nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut « *supremæ voluntatis liber sit stylus* (3). »

Si le testament est arrivé à cette importance et à cet honneur, il est très probable qu'il n'a pas été d'une rare application même à l'origine, à l'époque des *calata comitia*. Thomasius, et en général les partisans de l'école qui voit dans le testament une loi, pensent que le peuple devait en voter bien rarement. « *Apud historicos, dit Thomasius, « nullum exemplum legitur testamenti facti calatis comitiis ; rarissima fuere illa* (4). » Ce n'est pas notre sentiment. Si l'on admet le point de vue de cette école, on est réduit à mettre sur le compte du testament *per æs et libram* toute la théorie si complexe et si développée de la succession testamentaire à Rome. Nous ne voulons pas méconnaître qu'en effet le travail de la jurisprudence s'est appliqué au testament *mancipatoire*, le seul en usage à l'époque où les jurisconsultes commencent à apparaître. Mais les fondements de cette théorie et de cette jurisprudence ont dû être puisés dans le testament *calatis comitiis* et dans le droit sacral. Le caractère de l'héritier, les règles de l'institution, les différents genres de legs, la dévolution des *sacra*, n'ont pas pu sortir d'une institution plébéienne et laïque, comme l'était le testament *per æs et libram* ; ce sont des créations du droit sacré et des pontifes. N'oublions pas que le testament *mancipatoire* n'est qu'une opération fictive, faite en imitation du testament antérieur et qui

1. Tacite, *Annales*, VI, 38. — 2. *Ibid.*, XVI, 49.

3. L., *C. de sacros. eccl.*, l. 2.

4. Thomasius, *Dissert.* LXVIII.

n'arrive à créer qu'un semblant d'héritier. On ne sait pas encore définitivement si le *familia emptor* était *heres, loco heredis*, ou nullement *heres*. Un pareil testament *dicis causa* pouvait prendre avec le temps une importance prépondérante, mais il ne pouvait naître et se développer qu'en s'appropriant les règles fondamentales admises antérieurement par la loi et par la religion. Aussi croyons-nous que la plupart des règles touchant les testaments, notamment celles qui concernent l'institution et l'exhérédation des héritiers, les legs et les tutelles, ont dû prendre naissance à l'époque du testament *calatis comitiis*.

Pour que le testament *calatis comitiis* ait pu prendre lui-même tout le développement que nous lui attribuons, il faut qu'il ait été d'une application assez fréquente. Nous ne croyons pas nous tromper à cet égard. Rome nous paraît avoir été le terrain le plus propice pour l'éclosion des actes de dernière volonté. C'était une cité essentiellement militaire ; la guerre y régnait en permanence. Dès sa fondation, elle est en lutte successivement avec toutes les villes de la confédération latine ; ensuite elle sort du Latium pour batailler contre les cités étrusques. Elle porte la guerre en Samnium, en Campanie et en Sicile d'où elle se lance dans les longues guerres puniques. Chaque année amenait une nouvelle expédition, et cela pour une bonne raison : peuple peu producteur, les Romains vivaient de la guerre comme d'un métier. Dans un pareil milieu et avec une pareille destinée, le citoyen romain devait se trouver en permanence sous le coup d'une mort imminente. Comment quitter sa maison, pour ne pas revenir peut-être, sans régler avec soin la gestion qui devait lui échapper ? L'expédient du testament *in procinctu* n'était pas d'une perspective rassurante. Le règlement de toute une maison demandait bien plus de réflexion, des mesures plus minutieuses, une publi-

citée plus grande que n'en comportait une simple déclaration devant trois ou quatre soldats. N'oublions pas qu'il s'agit d'une maison romaine, et d'un citoyen investi de la *patria potestas*. La famille vivait sous le régime autocratique, dans lequel la transmission du pouvoir équivalait quelquefois à un bouleversement. Le père était tout dans la maison, et il faisait tout. Les fils travaillaient sous ses ordres; mais ils n'avaient aucune part à la direction.

A la vérité, rien ne les préparait au rôle qu'ils devaient assumer plus tard. Leur situation n'était pas de beaucoup différente de celle d'un esclave. Avec le temps, les pères romains eurent l'idée de confier à leurs fils l'administration d'un pécule, dans l'intention de les habituer au maniement des affaires. Mais cet usage est né très probablement à l'époque déjà avancée, où les affaires d'argent étaient entrées dans la pratique romaine. Jusque-là, et dans une certaine mesure même après l'introduction des péculs, les fils de famille arrivaient subitement à l'état de personnes *sui juris* et de chefs d'une *domus* sans avoir été préparés à une fonction de cette importance. Aussi les pères de familles avaient-ils le devoir de régler cet avènement par des mesures prises à l'avance, et de prendre certains arrangements particuliers de nature à assurer l'avenir de la maison.

Voici une autre considération, qui devait entrer dans les préoccupations du père de famille. Certains textes nous font entrevoir l'existence de communautés héréditaires dans les premiers temps de Rome. Aulu-Gelle rappelle une époque, déjà ancienne pour lui, où la communauté était la loi des cohéritiers. « Et coibatur societas inseparabilis, dit-il, tanquam illud fuit *antiquum consortium*, quod jure atque verbo romano appellatur « *ercto non cito* » (1). Heretum.

1. Aulu-Gelle, I, 9.

avons-nous vu, était l'héritage ; herctum non citum, héritage non partagé (1). Les cohéritiers communistes, s'appelaient *consortes* (2), de *sors*, lot de terre, domaine d'une famille (3). *Consortes* étaient synonymes de frères (4) ; ce qui tend à prouver que ceux-ci avaient eu pendant longtemps l'habitude de vivre dans l'indivision (5). D'autre part, Gaius nous affirme que l'action en partage n'a été connue que dès la loi des XII Tables : « Actio familiæ erciscundæ proficiscitur e lege duodecim tabularum ; namque coheredibus aliquam actionem constitui qua inter eos res hereditarias distribuerentur » (6). On peut donc admettre, sans crainte de hardiesse, que le consortium a été à peu près le droit commun parmi les cohéritiers avant l'époque des décemvirs. Mais comment admettre l'existence de pareils consortia sans un chef reconnu et assez autorisé pour faire la loi à ses cohéritiers ? Et d'autre part, le droit d'aînesse n'existant pas à Rome, n'est-il pas naturel d'admettre que ce chef était choisi et désigné à l'avance par le père lui-

1. Donatus apud Serv., *ad Æneid.*, 642. Citæ divisæ ut est in jure : ercto non cito ; id est patrimonio vel hereditate non divisa.

2. Festus, v^o Ercum citumque fit inter consortes, unde et familiæ erciscundæ. — Cicéron, *De Orat.*, I, 56 : Idcirco qui quibus verbum herctum cieri oporteret nesciat, idem herciscundæ familiæ causam agere non possit ? Paul Diacon., *Exc. ex Festo* : Ercum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur ; erctum a coercendo dictum, unde et erciscundæ et ercesci ; citum autem est vocatum a ciendo.

3. Festus, v^o Sors et patrimonium significat, unde consortes dicimus. Varron, *L. lat.* VI, 7 : Consortes ad quos eadem sors.

4. Cic., *Verr.*, II, 3, 23 : Tres fratres consortes ; Tite-Live, XLI, 27 : Cneius Fulvius qui frater germanus et, ut Val. Antias tradit, consors etiam censoris erat ; Pline, *Epist.* VIII, 18, 4 : Consors frater ; Lucrèce, III, 769 ; Vell. Paterc., I, 40 : Synonyme de frères et sœurs : Tibulle, II, 5, 24 ; Ovide, *Métam.*, XI, 347 ; VI, 97, *Héroïdes*, XIII, 61.

5. Vers la fin de la République nous trouvons encore les exemples suiv. Lic. Crassus, consul en 657 a. u. c. vivait avec ses deux frères mariés dans la maison paternelle. (Plutarque, *Crass.* I. 4.) La même chose est affirmée de M. Porc. Cato Censorius (Plutarque, *Caton*, I, 1) de son fils M. Porc. Cato Licinianus (Plut. *Ibid.* 28, 2), et de Marius (Plut. *Marius*, 3, 4) M. et Qu. Tullius Cicero sont nés tous les deux dans la maison de leur grand-père (Cic., *De leg.* II, 1).

6. Gaius, *L. 7, Dig.*, X, 2.

même à la veille de sa mort ? Voilà comment, en présence d'enfants *sui heredes*, le père de famille était amené à faire un testament afin d'instituer héritier par préférence celui de ses fils qui lui semblait le plus digne et le plus capable de diriger la société des consorts. Et cette institution privilégiée n'impliquait pas l'exclusion des autres enfants ; ceux-ci gardaient leurs droits dans la communauté, et devenaient patresfamilias nantis des biens patrimoniaux. Seulement, les biens restaient indivis sous la direction supérieure du fils héritier, seul représentant de son père. On comprend aussi que le père n'avait aucun intérêt à répartir entre plusieurs enfants la charge de ses vota et autres engagements personnels. Pourvu que le fils héritier s'en acquittât sur les biens de la communauté, le but du testateur était rempli à tous égards.

Il pouvait arriver aussi que le père eût des motifs particuliers de mécontentement contre l'un de ses fils ; alors il châtiât le fils insoumis, comme il avait récompensé le fils respectueux. De même qu'il avait dit de l'un : *heres esto*, il disait de l'autre : *exheres esto*. Cette dernière formule excluait l'enfant exhéredé de la communauté de ses frères, et équivalait à la répudiation entre vifs, qui a toujours été dans les pouvoirs du père. Le testament devenait ainsi un moyen de distribuer l'éloge et le blâme, les récompenses et le châtimement, entre les enfants survivants, et prenait les proportions d'un jugement suprême rendu au moment de la mort. Aussi les textes appellent-ils le testament : « *Ultimum iudicium* (1), *supremum iudicium* (2), *iudicium familiae* (3). » C'était le dernier acte du père et le plus élevé, dans l'exercice de sa magistrature domestique.

1. L. 19, Dig., V, 2.

2. L. 20, § 3, Dig., X, 2.

3. Comp. LL. 8, § 10, 12, § 1, 32, Dig., V, 2 ; L. 34 ; *Ibid.* XXVII, I. L. 13 ; *Ibid.*, XLIV, 4.

Mais le testament pouvait encore avoir en vue un autre résultat. Puisque le partage était difficile à faire entre cohéritiers avant l'introduction de l'actio familiæ erciscundæ, et qu'il y avait néanmoins intérêt à le réaliser dans certains cas, le père trouvait un moyen commode dans le testament. Il pouvait, ou bien instituer tous ses enfants héritiers pour des parts déterminées, en les proportionnant suivant les mérites d'un chacun ; ou bien, puisqu'il lui fallait quelque fois donner non des parts proportionnelles, mais des biens certains, et que les institutions ex certare n'ont pas été probablement admises dès le début, il instituait un seul héritier et assignait aux autres enfants des biens spécifiés pour chacun. Cette assignation se faisait au moyen des legs. Le procédé était très simple. En vertu du pouvoir quasi législatif, qui appartenait au père dans la confection du testament, il détachait de son patrimoine les biens qu'il voulait léguer, de manière que le patrimoine passât à l'héritier institué, allégé des biens légués, et que ceux-ci passassent aux légataires sans égard à la personne de l'héritier. Ces biens ne faisaient plus partie du patrimoine ; c'étaient des patrimoines à part qui tombaient directement dans le domaine du légataire. Ce procédé était le *legs per vindicationem*, le plus ancien et le plus strict de tous les legs. Il transférait la propriété quiritaire par la simple déclaration du testateur : *do lego* (1). Ulpien cite ce legs parmi les trois cas d'acquisition *lege* (2). Et cela ne doit pas nous étonner. En outre de ce que nous avons dit de l'origine législative du testament, il faut se rappeler que le père de famille jouissait à Rome d'une certaine autorité publique au moment où il édictait ses dernières dispositions. Au point de vue sacré, c'était là les commandements d'un dieu sur le point de le devenir ; on

1. *Fragm. Vatic.* 47, 57, 75. *Paul., Sent.*, III, 6, 526.

2. *Ulp., Reg.*, XXX, 47.

les respectait à l'égal des ordres d'un Lare. On trouve encore aujourd'hui sur les tombeaux romains des inscriptions au nom de défunts, qui contiennent des peines véritables à l'adresse des violateurs des sépulcres ; nul doute, que ces peines étaient sanctionnées par l'autorité publique. En voici des exemples : HVIC MONVMENTO MANVS QVI INTVLERIT DABIT SESTERTIOS XX ; — HVI SI QVIS MANVS INTVLERIT VIRGENIBVS VESTALIBVS SOLVET POENA HS N. V. XX. — SI QVIS TITVLVM MEVM VIOLAVERIT INFERAT AERARIO HS. IX N. (1). On trouve aussi des inscriptions qui édictent des peines contre l'héritier qui aura vendu le fond patrimonial, et chose remarquable, ces peines frappent aussi le tiers acquéreur : ETSI CVI DONATVM VEL VENDITVM FVERIT EADEM POENA TENEBITVR... ; DARÈ DAMNAS ESTO AERARIO POPVLI ROMANI... EMPTOR ET VENDITOR (2). Ajoutons que dans l'hypothèse que nous avons choisie comme ayant donné naissance au legs per vindicationem, le transfert direct de la propriété quiritaire était singulièrement facilité par le caractère inhérent aux fils de famille heredes sui. Au fond, ces fils devenaient propriétaires par eux-mêmes au décès du testateur ; les jurisconsultes leur reconnaissent même une certaine espèce de propriété du vivant du père de famille (3). Le legs per vindicationem n'était de la sorte, du moins à l'origine, que la détermination et l'assignation précises d'une propriété existante parelle-même.

Le père pouvait aussi, tout en instituant les sui, leur assi-

1. Bruns, *Fontes*, etc, p. 308 et 309. *Ibid* : SI QVIS AEAM ARCAM POST MORTEM EORVM APERIRE VOLVERIT INFERET DECVRIAE MEAE + XXV. — QVIS QVIS HVNC TITVLVM DESCIAVERIT AT VIOLAVERIT VENDIDERIT HS CC MILIA N. AERARIO POPVLI ROMANI DAMNAS ESTO DARE.

2. Gutherius, *De jure manium* p. 415, et 416., *Ibid*, p. 410 : SI QVI ADVERSUS ID FECERINT EORVM BONA PERTINERE DEBEVNT AD REMPVBLICAM BRINDISINORVM.

3. Gaius, II, 157, Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur. Conf. Inst., II, 19, § 2. Paul, L. II, Dig., XXVIII, 2 ; Hac et causa licet non sint heredes instituti, domini sunt.

gner en dehors de leurs parts, certains biens en préciput : « L. Titius hominem Stichum præcipito (1). » C'était alors un legs *per præceptionem*, variété du legs par vindication. Il pouvait aussi y avoir une soulte à payer en argent, voire même une somme à payer ou à donner à titre gracieux à un tiers ; l'héritier institué était alors damné suivant le langage sacré, c'est-à-dire obligé à payer ou à faire une prestation : « Damnas esto dare facere (1). » C'est le legs *per damnationem*. L'acte pouvait aussi prendre une autre forme ; au lieu de contenir un transfert de propriété ou une obligation de faire pour l'héritier, il lui enjoignait de laisser prendre : « sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere (3). C'était le legs *sinendi modo*. »

Le testament pouvait encore avoir un autre but très important. Il servait au père de famille à assurer le sort de ses enfants, s'ils étaient mineurs, et celui de sa veuve, pour les empêcher de tomber au pouvoir de ses agnats. Pour éviter aux uns et à l'autre de recevoir des tuteurs parents, qui auraient embrassé leurs intérêts avec un zèle trop personnel, il leur nommait des tuteurs de son choix, en qui il pouvait se fier. C'était un acte de sollicitude pour ces enfants, et un acte de respect pour sa femme. En ce qui concerne cette dernière, la nomination d'un tuteur testamentaire était d'autant plus désirable qu'elle était exposée, à la majorité des héritiers mineurs, de tomber sous la puissance de ses enfants. C'était une perspective quelque peu incompatible avec la dignité de *materfamilias*. Aussi, assez généralement, le père donnait à la femme le droit de choisir elle-même son tuteur. « In persona uxoris quæ in manu est, dit Gaius, recepta est etiam tutoris optio, id

1. Gaius, II, 216-220.

2. *Ibid.*, II, 201 ; Ulp., XXIV, ; Paul III, 6 § 10 ; Servius, *ad Æneid.*, XII, 727 : in jure cum dicitur damnas esto hoc est damnatus esto ut des.

3. Gaius, II, 210 et suiv.

« est, ut liceat ei permittere *quem velit ipsa* tutorem sibi
« optare (1). » Le droit d'avoir un tuteur optif était une
grande faveur pour la femme. Une affranchie, du nom de
Hisपाला Fecennia, ayant rendu service à la république par la
dénonciation des Bacchanales, reçut par un sénatusconsulte
différentes faveurs, parmi lesquelles le droit de choisir un
tuteur : « Utique, dit Tite-Live, Fecenniae Hisपालæ datur
« diminutio, gentis enuptio, *tutoris optio*, item esset quasi
« ei vir testamento dedisset (2).

Les différentes dispositions, que nous venons d'énumérer, et qui tendaient toutes à régler l'avenir de la maison au mieux des intérêts de tous et d'un chacun, le testament seul les rendait possibles. Pour qui connaît l'esprit d'ordre et de gestion minutieuse des pères de famille romains, le testament apparaît comme une nécessité de premier ordre. Il ne s'agissait pas seulement de sauver un culte et de trouver un homme dévoué prêt à accomplir les cérémonies funèbres, il importait au même degré de ne pas quitter ce monde sans avoir assuré le fonctionnement futur de ce royaume en petit, auquel le père avait présidé pendant toute sa vie. C'aurait été un acte de négligence coupable, qui eût entaché d'infamie le nom du père intestat. L'opinion publique le flétrissait presque à l'égal de l'homo sacer. Mourir sans testament était aussi bien une honte qu'un malheur (3). Au contraire, faire un testament c'était clore d'une manière digne une vie d'honneur ; bien plus, c'était l'acte le plus élevé et la plus haute manifestation de la vie

1. Galus, I, 150 et suiv.

2. Tite-Live, XXXIX, 49.

3. Ce que nous avons dit de l'*intestabilis* à propos du témoignage, s'applique très exactement à l'homme mor intestat. Voir les textes cités à ce sujet : (L. 48, § 1, l. 26, Dig., XXVIII, 4) Rappelons les expressions d'Horace : « Is intestabilis et sacer esto » ; de Plaute : « Semper caveto ne sis intestabilis » ; le texte des XII Tables : « Improbis intestabilisque esto. »

entière. Lucien insinue en raillant que « la seule vraie manifestation que les Romains donnaient d'eux-mêmes pendant toute leur vie, était dans les testaments (1) ». Cette observation faite en manière d'ironie exprime pourtant l'exacte vérité, et une vérité qui fait honneur à la force morale et à l'esprit de discipline des Romains. Lucrèce montre très bien la haute signification du testament dans ces beaux vers (2) :

Nam veræ voces tunc demum pectore ab imo
Eliciuntur, deripitur persona, manet res.

Aussi ce qui frappait les Romains dans le testament, ce n'était pas l'institution d'héritier, qui en formait pourtant la base ; leur esprit n'y voyait que le père de famille résumant dans un certain nombre de règles les idées qui avaient dirigé toute sa vie, et édictant des dispositions suprêmes qui devaient assurer le bonheur de sa famille et l'honneur de son nom. Le Grec définit son testament une *ἐπιστήμησις*, et lorsque Démosthène veut résumer l'esprit de la loi de Solon sur la succession testamentaire, il le fait dans ces termes : « Si un homme, étant sans enfants et libre de disposer de ses biens, adopte un fils, que sa volonté soit exécutée (3). » Le Romain ne pense ni à l'adoption, qui n'existe pas pour lui en cette matière, ni même à l'héritier institué, il définit le testament : « *Voluntatis nostræ justa* » *sententia de eo quod quis post mortem suam fieri* « *velit* (4). » Il admet bien, comme Gaius, que l'acte puise son existence dans l'institution d'un héritier, « *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt* » (5), mais le but du testateur c'est, ainsi que le dit le même auteur, de « man-

1. Lucien, dans *Nigrin*, 30.

2. Lucrèce, *De rer. nat.*, III, 57.

3. Démosth., *Contre Stéphane*, II ; Dareste, II, p. 30.

4. Modestin, *L. Dig.* XXXVIII, 1.

5. Gaius, II, 229.

dare quid cuique post mortem suam dare vellet » (1). A tous les jurisconsultes le testament apparaît comme la manifestation de l'esprit du mourant comme l'expression de ses volontés. « Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, dit Ulpien (2) ; voluntatis nostræ justa sententia, » disait Modestin plus haut. Les Institutes de Justinien y voient même l'explication étymologique du mot : « Testamentum « ex eo appellatur quod testatio mentis est » (3) Servius Sulpicius, jurisconsulte contemporain de Cicéron, avait été le premier à hasarder cette dérivation ; Aulu-Gelle le reprend là-dessus, mais il doit avouer lui-même que l'erreur philologique de Sulpicius n'exclut pas la vérité de sa définition (4).

Est-il besoin maintenant de dire que le testament jouissait à Rome d'une préférence marquée sur la succession légitime ? Tous les textes l'affirment. Ulpien les résume, en disant : « Quamdiu potest adiri hereditas ab intestato non defertur (5). » Le testament passe en première ligne ; la succession légitime vient après : tant qu'il y a la moindre chance de trouver un héritier institué, les héritiers ab intestat restent à l'écart. Cela tient à bien des causes, dont la principale peut être formulée en ces termes : L'héritier légitime est moins héritier que celui qui est institué. Nous nous expliquons :

Le véritable héritier, le seul adéquat à son nom, était le fils, heres suus. Après du père de famille herus, il était le successeur, heres, le continuateur naturel du premier.

1. Gaius, II, 103.

2. Ulp., XX, 1.

3. Inst. II 10 pr. ; aussi Théophile, II, 10.

4. Aulu-Gelle, VI, 12. « Servius Sulpicius jureconsultus, vir ætatis suæ doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex non reperio, nam compositum esse dixit a mentis contestatione. Quid igitur calceamentum ? etc. Obrepsisse videtur Servio, falsa quidem sed non abhorrens neque inconcinna quasi mentis quædam in hoc vocabulo significatio. »

5. Ulp., L. 39, Dig., XXIX, 2.

Son droit existe déjà, avant l'ouverture de la succession. En vertu du droit supérieur de la famille il est en quelque sorte copropriétaire avec son père (1). Au moment du décès de celui-ci, il a l'air presque de se succéder à lui-même (2); il réalise alors une propriété, qui avait été latente jusque-là, et qui se révèle à ce moment aux yeux de tout le monde. Ce n'est qu'une métamorphose; comme la larve devient papillon, l'heres devient dominus, sans aucun acte de sa part, par l'action fatale des événements. Il est l'héritier domestique, l'heres suus et necessarius, comme disent les textes. Il n'est pas héritier légitime ou ab intestat. Lorsque le prêteur inventa la *bonorum possessio unde legitimi*, il se vit forcé de créer une *bonorum possessio* spéciale pour les enfants, la *bonorum possessio unde liberi*, tellement les enfants comptaient peu parmi les héritiers légitimes.

Autre est la condition de l'héritier testamentaire. Avant la confection du testament, il est étranger à celui qu'il représentera plus tard. Le testament fait, il devient l'héritier en perspective du testateur sans que pourtant aucun autre lien, sauf celui du culte, le rattache à lui.

Il n'est pas suus, puisqu'il n'est pas soumis à la puissance du père; il n'est pas necessarius, c'est-à-dire domesticus, puisqu'il n'a pas vécu dans la maison du testateur. Son droit ne se manifeste réellement qu'après la mort du père;

1. Gaius, II, 157: Sed sui heredes vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; L. II, Dig., XXVIII, 2: In suis heredibus evidenter apparet continuationem domini eo perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Dans Plaute (*Trin.*, II, 2, 48) un fils dit à son père: « Quod tuom'st meum'st, omne autem meum tuom'st » (Térence, *Hec.*, I, 2, 42: Hæc communia omnium quæ sunt patrum; *Phorm.*, V, 1, 26; Cic., *De off.*, I, 17; *Verr.*, II, 1, 54, 113: Quibuscum l. e. liberis) vivi bona nostra partimur; Pline, *Paneg.*, 37; L. 1, § 2, Dig. . XLI, 5; L. 1, § 12, Dig., XXXVIII, 9; Paul, *Sent.*, V, 8, 6.

2. Doneau (*Commentarii*. lib., VII, c. 2) pense que tel est le sens de l'expression *heres suus*.

c'est alors qu'il devient dominus (1). Il n'est qu'une imitation incomplète de l'héritier sien. Son droit n'est pas existant par lui-même, il n'a pas vécu de la vie du testateur jusqu'à la confection du testament. Mais il a été recherché par le père privé d'enfants, qui lui a donné une partie de leurs attributions afin qu'il pût remplir à son égard tous les devoirs d'une postérité légitime. S'il n'a pas été heres dès sa naissance, il le devient par l'acte testamentaire, et s'il ne l'est pas dans la même mesure que l'enfant créé par la nature, il ne participe pas moins à l'affection du père, qui l'a créé héritier par sa volonté. Le testateur l'a choisi personnellement, lui a conféré le droit de le continuer et s'est reposé sur lui du soin d'accomplir ses volontés.

Quelle est maintenant la situation de l'héritier ab intestat? Elle est toute différente. La volonté et le choix du défunt n'y sont pour rien. C'est un tiers, parent il est vrai, mais peu connu souvent, hostile peut-être, qui recueille la maison vacante, sans aucune communion d'idées avec le défunt, sans aucune connaissance de ses volontés. Où puise-t-il son droit? Nous avons vu qu'à Athènes, lorsqu'un citoyen mourait sans enfants naturels ou adoptifs, la phratricie à laquelle il avait appartenu déléguait l'un de ses membres pour aller remplir dans la maison abandonnée les fonctions de l'héritier absent. Plus tard, la loi elle-même déterminait celui de ses parents qui devait s'acquitter de ce devoir. A Rome, les choses ont dû se passer de la même manière. A la mort du père de famille intestat, ses agnats, et à leur défaut, les gentiles déléguaient un des leurs pour prendre la place de l'héritier absent. Cet héritier improvisé s'emparait de la maison par un acte d'initiative personnelle, appelé *adition*. Il puisait son droit, non pas dans la vocation établie par le père de famille, mais dans le

1. Nous ne parlons pas ici de *l'adition*, parce que nous croyons que l'adition n'a été imposée à l'héritier testamentaire que dans le testament « per æs et libram » de la seconde manière.

choix auquel il appartenait. L'ordre des agnats ou des gentiles n'avait qu'à fournir un héritier, ce devoir accompli, le droit de l'ordre était épuisé. Cela est tellement vrai que lorsque l'héritier désigné par les agnats faisait défaut pour un motif ou pour un autre, au lieu que ce fût un autre agnat qui prît sa place, le droit de désignation passait aux gentiles. Et lorsque l'héritier désigné par ceux-ci faisait défaut à son tour, personne n'avait plus le droit de se réclamer de la qualité de parent pour prétendre à la succession. La successio était non *graduum*, mais *ordinum*; c'est ce que les juriconsultes romains exprimaient en disant : « In legitimis hereditatibus successio non est (1). » Mais l'agnat ou gentilis délégué lui-même pouvait transmettre à un autre le mandat qu'il avait reçu, et sous-déléguer un nouvel héritier. En effet, il lui était permis de céder l'hérédité *in jure* à un tiers, qui devenait héritier à sa place. « Nam si si, dit Gaius, « ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in « jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres « extiterit, perinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse « per legem ad hereditatem vocatus est (2). » Rien de pareil pour l'héritier testamentaire. Il était héritier par le choix personnel du défunt ; il devait remplir les devoirs de l'héritier lui-même, et non pas chercher un remplaçant par une *cessio in jure* commode. Sa mission était d'être héritier et non pas d'en fournir.

Ces différentes pratiques des héritiers ab intestat devaient jeter le plus grand désordre dans le règlement des successions. Les pères de famille les fuyaient autant que possible, en instituant des héritiers testamentaires ; ce ne fut pas l'une des moindres causes qui rendirent les testaments si fréquents et si populaires à Rome. Le père de famille, qui

1. Paul, IV, 8, 23 ; Ulpien, XXVI, 5 ; Gaius, III, 11 et 12.

2. Gaius II, 35. Ulpien, XIX, II-44.

n'avait pas testé, pouvait s'attendre à voir sa succession, par un hasard ou par la mauvaise volonté d'un agnat, dévolue à un gentilis éloigné, avec la perspective en plus de voir tomber l'héritage dans le domaine commun ou être cédé à un tiers acquéreur. L'autorité publique se décida d'intervenir pour mettre un peu d'ordre dans cette confusion. La loi des XII Tables établit que dorénavant ce serait le plus proche agnat au moment du décès du decujus, qui recueillerait sa succession. A son défaut, elle passerait aux gentiles. Dorénavant les héritiers ab intestat s'appellent héritiers légitimes puisque c'est la loi qui les désigne : « Hereditas, dit Gaius, ad nos pertinet vetere jure e lege « duodecim Tabularum vel ex testamento (1). » Mais pour être réglée par la loi, la succession ab intestat ne resta pas moins incertaine et accidentée, comme par le passé. La dévolution ab intestat continua à être *ordinum et non pas graduum* ; l'héritier légitime ne garda pas moins le droit de céder l'hérédité *in jure* ; et les pères de famille ne s'en tinrent pas moins au testament avec une fidélité et un soin, qui n'ont fait que grandir avec le temps.

Les idées que nous venons d'exposer se reflètent admirablement dans le texte de la loi des XII Tables. La table, qu'on est convenu d'appeler la cinquième, débute par les trois règles que nous allons donner dans leur ordre textuel :

« Uti pater legasset super pecunia tutelave rei suæ, ita
« jus esto.

« Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.

« Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento. »

Le premier fragment pose le principe de la succession testamentaire ; nous aurons à l'étudier plus tard de plus

1. Gaius, L. I ; Dig., V, 3.

près. Le second règle l'ordre de la succession *ab intestat*, il commence par ces mots : « *Si intestato moritur* » qui marquent la priorité du testament. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un père mort sans testament, qu'il peut être question de la succession légitime, le caractère subsidiaire de celle-ci est donc bien posé... « *Cui suus heres nec escit* »... Remarque curieuse : parmi les trois espèces d'héritiers dont parlent nos textes, le *sui* seul reçoit le nom d'*heres* ; pour les deux autres le mot est esquivé. N'est-ce point dire clairement qu'aux yeux de la loi des XII Tables le *sui* était un héritier d'une autre espèce que les autres, qu'il était le seul vrai héritier dans le sens antique et traditionnel du mot ? Lui seul reproduisait entièrement son père, et réalisait la pérennité de la famille à travers les générations. Il est par lui-même ce que les deux autres deviennent par la volonté du testateur ou de la loi ; il est naturellement ce que les autres sont artificiellement.

Aussi la loi, qui détermine par des dispositions spéciales la condition de l'héritier institué et de celui *ab intestat*, glisse-t-elle rapidement sur le cas du *sui* ; elle ne le mentionne qu'en passant, comme une chose entendue d'elle-même dont la loi n'a pas besoin de s'occuper. Le principe de la vocation des *sui* n'est pas posé dans son texte ; c'est un principe antérieur et supérieur à la loi, qui vit dans les mœurs et les coutumes du peuple, comme une partie intégrante de son patrimoine moral, qui se passe aisément de la consécration et de la réglementation légales. « *Si le decujus, dit le texte, meurt sans testament, et s'il n'y a pas d'héritier sien* » — cela prouve qu'à l'époque des XII Tables, l'habitude existait depuis longtemps d'instituer les *sui*, et par conséquent aussi de les omettre.

Ce que la loi envisage en premier lieu, c'est l'existence d'un testament, lequel peut avoir institué un *heres extraneus* ou un *sui*. S'il n'y a pas de testament, et qu'on se trouve en présence d'un *sui*, ce sera le cas

normal de la succession familiale, le suus succédera à son père, *proprio jure*, sans avoir besoin d'une investiture légale. En un mot il est héritier sien, et non pas légitime. Ce n'est qu'à défaut d'un héritier institué ou sien, que la loi intervient pour attribuer la succession au plus proche des agnats. Mais cette dévolution a un caractère particulier. La loi ne dit pas de l'agnat comme le testament le dit de l'institué : « Heres esto, » qu'il soit héritier en sa personne. Elle dit : « proximus adgnatus familiam habeto », que le plus proche agnat ait la maison, qu'il s'y attache et en prenne soin. La différence entre les deux locutions est grande. L'héritier institué est tenu d'être héritier à moins de motifs qui l'en empêchent. L'héritier légitime est tenu de fournir un héritier ce qui n'est pas la même chose. Ce qui avait été jusque-là l'obligation générale de son ordre, devient maintenant son obligation personnelle. Il est tenu de faire adition lui-même ou de trouver une autre personne qui la fasse à sa place. Moyennant la *cessio in jure* de l'*hereditas*, l'opération sera faite et le devoir de l'agnat accompli.

Le droit des gentiles est établi dans le troisième fragment de la même manière que celui des agnats : « Si agnatus « nec escit gentiles familiam habento ». Ici non plus, il n'y a pas de vocation personnelle, mais une attribution réelle et une succession anonyme. Les règles de l'adition et de la cession sont les mêmes. La seule différence est que le texte emploie le pluriel : gentiles, au lieu du singulier : proximus gentilis. Y a-t-il une raison particulière à cela ? Nous ne saurions trop le dire. Il est probable que les gentiles gardaient le droit de désigner eux-mêmes la personne qui devait les représenter par rapport au défunt ; il paraît aussi qu'à une certaine époque on se contentait de verser les biens vacants dans le Trésor de la gens. Quoiqu'il en soit de ce point, il est certain que la succession des gentiles ne se maintint pas jusqu'au bout ; du temps de Gaius (1) il n'en était plus

1. Gaius, III, 17.

question que comme d'une vieillerie tombée en désuétude.

La comparaison que nous venons de faire, entre la succession testamentaire et la succession ab intestat, nous permet de comprendre le sens de la fameuse règle : « Nemo « pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (1). » Il était impossible, à Rome, de laisser en mourant des héritiers légitimes en concours avec des héritiers institués ; le cas, affirme Cicéron, ne s'est jamais présenté. « Unius enim pecuniæ plures dissimilibus de causis here- « des esse non possunt, *nec unquam factus est ut ejusdem* « pecuniæ alius *testamento* alius *lege* heres esset (2). » Ce texte est d'une clarté lumineuse, et cadre à merveille avec les idées que nous avons exposées plus haut. Lorsqu'une domus est devenue vacante on consulte d'abord le choix du défunt. A-t-il désigné son héritier, la succession sera testamentaire. A-t-il négligé de faire un choix personnel, les parents, et plus tard la loi, désignent l'héritier à sa place, et ce sera une succession légitime. Mais cela est évident et résulte de la nature même des choses ; les héritiers ne peuvent pas être à la fois désignés par le défunt, et choisis par la loi à la suite d'un oubli du défunt. On ne peut pas admettre en fait que la succession ait été réglée par le testateur, et que la loi soit forcée d'intervenir, parce que la succession n'a pas été réglée. Il y a entre les deux idées une contradiction formelle, comme le dit très bien Pomponius : « earum rerum naturaliter inter se pugna est » (3).

Quant aux cas très rares où des héritiers légitimes semblent arriver en concours avec des héritiers institués, ils ne dérogent nullement à la règle. Ces cas se présentent, lorsqu'une fille ou un petit-fils a été omis dans le testament du

1. L. 7. Dig. 4. 17.

2. Cic., *De inv.*, II, 21. — Conf. Pomp., L. 7, Dig., 4. 17; *Test.* II, 17, § 5, et paraphrase de Théophile.

3. L. 7. Dig., L. 17.

pere (1); ou lorsque la *querelæ inofficiosi testamenti* intentée avec succès par des enfants omis ou exhéredés arrive à rescinder le testament pour partie seulement (2). Nous pourrions répondre tout d'abord sur le dernier cas que la *querela inofficiosi testamenti*, étant une institution prétorienne qui bouleverse toutes les règles du droit civil au point de favoriser les cognats au même titre que les agnats, il ne serait pas étonnant que la règle : *Nemo pro parte*, etc., eût été violée à son tour.

Mais elle n'a pas été violée. Les hypothèses que nous venons d'indiquer ont presque toutes pour résultat de faire triompher le droit des sui à côté de celui des héritiers institués. Les sui, avons-nous dit, ne sont pas des héritiers légitimes, ce sont des héritiers naturels, dont la vocation n'émane pas de la loi. Ils n'ont aucunement ce caractère subsidiaire, qui fait que l'on recherche un héritier légitime pour remédier au défaut de testament. Cela est visible dans la loi 4 du Code, VI, 28, qui mentionne le cas de la fille ou des petits-fils omis, les considère comme des héritiers institués, chargés pour leur part de l'acquittement des legs et autres charges de l'institution. Ce ne sont pas des héritiers *ab intestat* ; si on les considère non pas simplement comme des sui, mais comme des héritiers testamentaires, c'est parce que le testament maintenu malgré l'accession de la fille et des petits-fils omis, doit être maintenu à l'égard de tous les héritiers. La règle : *Nemo pro parte*, etc., n'est donc pas violée. Si dans un certain cas, la *querela* aboutit à la rescision du testament au profit d'un frère, on peut parfaitement admettre que le droit prétorien a assimilé le droit du frère à celui du suus, ce qui est aussi probable que conforme à l'équité du préteur.

Quant au principe qui avait inspiré la succession *ab*

1. Gaius, II, 424; Paul III, 4, 6, 8; L. 4. C. VI, 28,

2. LL. 15, § 2, 19, 24; Dig., V, 2. L. 29 pr. *Ibid.*, XLIV, 2.

intestat, il continuait malgré la règle établie par la loi des XII Tables, à agir librement dans l'esprit et les coutumes du peuple, au moyen d'un usage, qui a toujours dérouté les jurisconsultes anciens et modernes. Il était admis à Rome, depuis des temps indéterminés, que lorsqu'une succession était ouverte, que personne ne se présentait en qualité d'héritier, et que les agnats ou les gentiles ne venaient pas en présenter un de leur choix, le premier venu parmi les citoyens pouvait pénétrer dans la maison déserte, allumer le feu du foyer, accomplir les rites funèbres et se comporter en tout comme un véritable héritier. On ne voyait dans cet acte que l'accomplissement d'un devoir de piété, qui incombait en première ligne aux agnats et gentiles, et après eux, à tous les membres de la cité.

C'est la coutume, que nous avons appelée à Athènes l'adoption posthume et spontanée. A Rome on l'appelait *usucapio hereditatis*. Les jurisconsultes de l'époque classique la voyaient d'un mauvais œil; le sens de la vieille institution leur avait échappé depuis longtemps. Ils ne voyaient devant eux que l'*usucapio pro herede*, qui leur apparaissait comme une exeroissance malsaine du principe de l'usucapion ordinaire; Gaius l'appelait possession malhonnête, « *improba possessio* » (1). Les jurisconsultes ne se doutaient pas que dans cet usage réprouvé vibraient les derniers échos de ce qui avait été jadis le principe et l'essence du droit de succession. Cette coutume n'était que la manifestation dernière et déjà excessive de ce sentiment inné dans le cœur du Romain, qui le portait à assurer aux défunts un continuateur fidèle à leur pensée et à leur culte. C'était là un office pieux que le Romain devait au Romain, et la pratique de l'usucapion héréditaire à côté de la succession légitime, prouve que le peuple romain n'a pas failli à ce devoir.

1. Gaius, II, 55.

CHAPITRE IV

LE TESTAMENT IN PROCINCTU

La question du testament prenait une importance particulière en temps de guerre, lorsque l'appel de la cité forçait le citoyen à quitter son foyer et sa famille pour courir à une mort presque certaine. On sait que les guerres ne manquaient pas à Rome. Tite-Live rapporte que depuis le règne de Numa, le temple de Janus, destiné à rester ouvert en temps de guerre, n'a été fermé que deux fois jusqu'à Auguste; la première fois sous le consul Titus Manlius, à la fin de la première guerre punique, et la seconde, à l'avènement même d'Auguste, après la bataille d'Actium (1). Dans de pareilles circonstances, la loi dut penser à offrir aux soldats des facilités particulières pour qu'ils pussent tester devant l'ennemi. On admit qu'une déclaration faite avant la bataille devant trois ou quatre soldats constituerait un testament aussi valable, que s'il avait été fait devant les *calata comitia*.

On appelait ce testament militaire *testamentum in procinctu*, du mot *procinctus* qui désignait l'état du soldat prêt à combattre. « *Endo procinctu*, dit Festus, significat quum ex « *castris in prælium exitum est; procinctos quasi præcinctos* » atque *expeditos*, nam apud antiquos togis incincti

1. Tite-Live, I, 19.

« pugnasse dicitur » (1). En effet les Romains se ceignaient d'une manière particulière au moment d'engager le combat; ils rejetaient la toge par derrière en ramenant un bout par devant en guise de ceinture (2). Les vieux Latins, affirme Servius, auraient combattu ceints de la sorte avant qu'ils n'aient connu l'usage des armes. On appelait cette tenue « cinctus Gabinus » d'une aventure mémorable arrivée aux Gabiens. Ceux-ci se trouvaient un jour réunis pour célébrer des sacra sans armes et drapés suivant la mode latine, lorsque l'ennemi les surprit à l'improviste; ils se jetèrent sur lui bien que désarmés et remportèrent la victoire. Depuis ce fait miraculeux, le cinctus Gabinus passa pour un présage de bon augure, et les Romains ne manqueraient jamais de se vêtir de la sorte, lorsqu'ils allaient au-devant de l'ennemi.

Plutarque nous donne la description d'un testament in procinctu à l'époque de Coriolan. « Les Romains, dit-il, avaient la coutume, lorsqu'ils étaient rangés en ordre de bataille, la main au bouclier et la toge ceinte, de faire un testament oral et de nommer un héritier devant trois ou quatre témoins (3) ».

Festus dit la même chose sous une forme plus concise : « In procinctu factum testamentum dicitur quod miles « pugnaturum nuncupat præsentibus commilitonibus (4). »

Il résulte de ces deux textes qu'aucune formalité n'était requise, en dehors de la déclaration devant témoins. L'expression de la volonté du défunt, attestée par trois ou qua-

1. Festus, v^o Procinctu classis dicebatur, exercitus ad prælium instructus et paratus, quem diali flamines videre non licet. Antiqui enim procinctum militem dixerunt ut unus quoque cum exercitus instructus est. Procinctu autem ideo quod togis incincti ad pugnam ire soliti fuerant. Unde et testamenta fieri dicta quod faciunt ad pugnam ituri.

2. Servius, ad *Æneid.*, VII, 612.

3. Plutarque, *Coriolan*, 9.

4. Festus, v^o In procinctu.

tre soldats, suffisait pour constituer un testament. Est-ce à dire que ce genre de testament se passait entièrement des formes, si rigoureusement exigées d'un testament fait en temps de paix ? N'y aurait-il plus eu ni réunion du peuple, ni intervention des pontifes, ni règlement des sacra ? Certes non ; la transition d'un testament à l'autre aurait été trop brusque. Il faut admettre que l'armée, étant le peuple sous les armes, représentait suffisamment par elle-même ou par un certain nombre de soldats la réunion obligée des *calata comitia*. Il est certain, d'autre part, que les cérémonies religieuses qui précédaient tout engagement belliqueux, avaient pour effet de consacrer à l'avance les opérations faites pendant les hostilités. Cicéron se plaignait que de son temps les testaments *in procinctu* devenaient impossibles, parce que les généraux omettaient de prendre les auspices avant d'aller à la guerre : « *Itaque maximæ res* » « *publicæ partes in his bellis quibus reipublicæ salus con-* » « *tinetur, nullis auspiciis administrantur ; nulla perennia* » « *servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo* » « *improcinctu testamenta perierunt* (1). » Ce changement ne devait pas dater de longtemps. Velleius Paterculus cite encore un testament *in procinctu* dans la guerre de Numance vers l'année 600 de la ville (2).

Ce que nous venons de dire des formalités du testament militaire confirme beaucoup ce que nous avons dit du rôle du peuple dans les *calata comitia*. Si l'on se souvient, notre avis, contrairement à celui de la plupart des auteurs, a été que les comices votaient pas les testaments, et qu'ils y intervenaient à titre de témoins. Or, la substitution de l'armée aux comices prouve qu'à la vérité le rôle de ces derniers n'était pas législatif. En effet, l'armée réunie hors des murs abdiquait à

1. Cic., *De natura deorum*, II, 3.

2. Vell., *Paterc.*, II, 5.

tout pouvoir souverain; son rôle était d'obéir. « Centuriata comitia, dit Gaius, intra pomerium fieri fas est; qui exercitum extra urbem imperari oporteat; intra urbem imperari jus non sit (1). » Comment une réunion aussi passive que l'armée aurait-elle pu remplacer sans inconvénient une assemblée aussi active que les comices législatifs ? Il est bien plus naturel d'admettre l'identité de rôle des deux assemblées, ce qui expliquerait très facilement la substitution de l'une à l'autre, et la validité facilement admise des testaments in procinctu. Aulu-Gelle dans le passage que nous venons de citer rapproche l'armée des comitia centuriata. C'est qu'en effet, l'armée reposait sur la division des centuriales et admettait les plébéiens à côté des patriciens dans une série de classes, où la fortune seule décidait du rang et de l'influence des citoyens. Les plébéiens pouvaient tester in procinctu, pour ainsi dire devant des calata comitiés centuriata.

Ces comitia centuriata fonctionnaient-ils aussi en temps de paix à l'effet de permettre les testaments plébéiens ? Nous avons soutenu la négative. Les comitia centuriata nous paraissent sortir du cadre des institutions patriciennes et sociales, dont fait partie le testament calatis comitiis. Il est à penser aussi que si les plébéiens avaient eu le moyen de tester en temps de paix devant les comitia centuriata, ils n'auraient pas eu recours au moyen de la mancipatio, qui a donné naissance au testament *per aes et libram*. Sans vouloir rouvrir un débat, qui a été vidé au chapitre précédent, nous dirons seulement qu'en ce qui concerne les patriciens, il nous semble impossible qu'ils aient jamais consenti à soumettre leurs testaments à une assemblée en grande partie plébéienne ; quant aux

1. Aulu-Gelle, XV, 27.

plébéiens, ils avaient tout à redouter des patriciens encore nombreux et influents dans les centuries. Faut-il encore ajouter qu'il était peu probable et peu conforme à l'esprit pratique des Romains de convoquer le ban et l'arrière-ban des centuries, 80.000 hommes à l'origine, rien que pour permettre aux plébéiens de faire des testaments, qui certainement à cette époque n'étaient pas encore reconnus par la loi? Nous n'insistons pas davantage. Nous croyons, pour notre part, que pendant assez longtemps, jusqu'à l'invention du testament mancipatoire, les plébéiens n'ont pu tester qu'en temps de guerre.

CHAPITRE V

LE TESTAMENT PER AES ET LIBRAM

Comme toutes les cités antiques, Rome eut, à côté des gentes établies depuis la fondation, une catégorie d'habitants, gens sans feu ni lieu, venus d'un peu partout, et admis par tolérance au service de la cité. En Grèce on les appelait « les mauvais » (κακοί); à Rome on les désignait du nom méprisant de « plebs, la foule. »

Leur origine à Rome est entourée d'obscurités; les uns voient dans la plèbe une extension de la clientèle patricienne; d'autres croient y reconnaître des transfuges et des détachements transportés des premières cités latines conquises par les Romains. Cette dernière opinion paraît la plus vraie. Il est probable aussi que nombre d'immigrants ont été attirés, soit par l'excellente position commerciale de la nouvelle ville auprès de l'embouchure du Tibre, soit aussi par l'appel des rois, qui en firent les soldats de l'État naissant. On trouve des plébéiens dès le règne de Romulus, qui leur assigna un lieu d'établissement sur la pente du mont Capitolin, en dehors de l'enceinte sacrée placée sur le Palatin. Plus tard, Ancus Martius, ayant soumis un certain nombre de villes latines entre le Tibre et l'Anio, et du côté d'Ostie, en transporta les habitants à Rome et les fixa sur le mont Aventin.

Les quelques familles patriciennes et sacerdotales, qui se trouvaient parmi les populations immigrées, furent aus-

sitôt incorporées par les patriciens romains. La foule, restée étrangère à la communion et au culte des gentes, se trouva par là rejetée dans une condition avilie. « *Plebitatem*, dit Nonius Marcellus, *ignobilitatem* (1). » Un peuple vaincu n'est pas traité plus durement par le vainqueur, que les plébéiens ne le furent par les patriciens. Et pourtant entre ces deux classes il n'y avait ni hostilité véritable, ni antagonisme d'intérêts. Ce qui les séparait, au point d'en faire deux castes, c'était le principe religieux de la société antique. Les plébéiens avaient un grand défaut, celui de ne pas posséder de gentes. « *Plebes*, dit Aulu-Gelle, *ea dicitur in qua gentes civium patriciae non insunt* (2). *Vos solos gentes habetis*, » dit un orateur de Tite-Live haranguant les patriciens (3). Ce vice originel entraînait une foule de déchéances. Les plébéiens ne pouvaient avoir de *patria potestas*, puisqu'ils ne faisaient point partie de la communauté civique; leurs enfants étaient *vulgo concepti*. Leurs mariages n'avaient pas la valeur des *justæ nuptiæ*: « *Connubia promiscua habent more ferarum* (4). » Leur propriété, n'étant point consacrée par les rites, n'était point garantie par la loi. Leur vie même n'était pas assurée; le meurtre d'un homme de la foule n'était ni une *perduellio* ni un *parricidium*. La loi qui ins-tua les tribuns de la plèbe, portait: « Que nul ne s'avise de frapper ou de tuer un tribun, comme il ferait d'un homme de la plèbe (5). »

La plèbe se serait difficilement relevée de cet avilissement, si elle n'avait trouvé un appui puissant dans la

1. Bruns, *Fontes*.

2. Aulu-Gelle, X, 20.

3. Tite-Live, X, 8.

4. *Ibid.* IV, 2: *Quam aliam vim connubia promiscua habere nisi ut jus ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque? Ut qui natus est ignoret cujus sanguinis, quorum sacrorum est.*

5. Denys, VI, 89.

royauté. Presque tous les rois de Rome, à l'exception de Numa et d'Ancus, ont été en guerre ouverte avec le patriciat. Le souvenir encore récent de l'autonomie disparue, le souci des nombreux privilèges qui leur appartenaient, poussaient les gentes à résister à l'action niveleuse des rois. Il est à croire que Romulus et Tullus Hostilius ont péri victime de ces luttes. Les Tarquins et Servius n'ont pas eu des règnes moins agités. Aussi les rois étaient-ils contents de trouver un point d'appui chez les plébéiens. Tullius les admit au culte de Jupiter Capitolin qu'il venait de créer (1). Tarquin l'Ancien, Etrusque d'origine, leur dut la couronne.

Servius Tullius, à qui la légende attribue une origine servile, s'employa à relever les plébéiens de leur infériorité politique et sociale. Il distribua parmi eux des terres prises sur l'ennemi, ce qui les rendit propriétaires ; il édicta des mesures protectrices des débiteurs obérés, la plupart plébéiens, ce qui établit un commencement de droit commun entre la plèbe et les patriciens. Il divisa ensuite le territoire en quatre tribus, qui comprenaient tous les habitants, sans distinction d'origine, groupés d'après leur domicile. Des Lares furent érigés dans les carrefours de la ville, dans les circonscriptions des campagnes, afin que les gens sans culte pussent en avoir en partage. Les fêtes de quartier et du bourg (*compitalia* et *paganalia*) constituèrent ainsi un commencement de religion plébéienne. La plèbe fut admise à la cérémonie de la lustration, par laquelle le roi consacrait le peuple tous les ans ; ce qui les fit entrer dans la communion romaine. Les plébéiens furent admis aussi à faire partie de la légion militaire. L'armée tout entière fut divisée en cinq classes, qui reçurent tous les citoyens possesseurs de quelque bien, groupés suivant le

1. Tite-Live, I, 55 ; V, 54.

chiffre de leur fortune. Les cinq classes sous-divisées en environ cent quatre-vingts centuries, eurent certaines attributions politiques touchant à l'armée, telles que la nomination des chefs, et la décision en matière de guerre et de paix ; plus tard ces *comitia centuriata* obtinrent des attributions législatives, concurremment avec les *comitia curiata*.

L'expulsion des rois porta un grand préjudice à la plèbe. Les patriciens, ne rencontrant plus aucun obstacle, donnèrent libre carrière à leurs rancunes et à leurs ambitions aristocratiques. C'est surtout au point de vue économique, que la condition de la plèbe devint précaire. Les soldats plébéiens, généralement peu fortunés, étaient retenus au dehors par le service de la république, pendant que leurs familles manquaient du nécessaire à la maison. Les terres restaient sans culture ; quant au butin de guerre qui aurait pu les enrichir, il était réservé à l'Etat et profitait principalement aux patriciens. Ceux-ci prêtèrent de l'argent aux plébéiens. Mais les emprunts grossis par des intérêts usuraires ne purent être acquittés, et devinrent assez vite un moyen efficace d'asservir la plèbe. Suivant la coutume de l'époque, le débiteur garantissait la dette par sa personne ; en cas d'insolvabilité le créancier avait le droit de le tuer ou de le vendre au delà du Tibre, lui ou ses enfants et ses proches (1). Cette voie d'exécution plus que rigoureuse n'était palliée ni par la loi ni par un recours quelconqué en justice. La loi, c'était la coutume particulière à chaque classe, et inapplicable à une autre ; quant à l'action en justice, elle nécessitait certains rites et certaines

1. Tite-Live, II, 24 : *Concione deinde edicto addidit fidem quo edixit in quis civem romanum vinctum aut clausum teneret... neu quis milites donec in castra esset, bona possideret aut vendiret, liberos nepotesve ejus moraretur.*

formules, qui étaient restés le secret des patriciens. Aussi les plébéiens réclamèrent-ils incessamment la rédaction d'une loi uniforme, la création de magistratures communes, et la réforme de la justice. Après divers soulèvements, dont deux sécessions, ils obtinrent d'abord la création des tribuns de la plèbe et ensuite la nomination de dix magistrats investis de pouvoirs dictatoriaux et chargés de rédiger le code du droit commun romain. Les décemvirs s'acquittèrent de cette mission, en élaborant pendant deux ans un corps de lois écrites sur douze tables, qui furent sanctionnées par le peuple, et devinrent la charte fondamentale de la cité, « fons omnis publici privatique juris » (1).

La loi des XII Tables n'innova que sur un petit nombre de points, assez difficiles, du reste, à préciser. Son but était plutôt de codifier les coutumes existantes et de les fondre dans une législation uniforme applicable à tous les membres de la cité. La mission des décemvirs avait été de « *æquare libertatem, æquare jura* (2) » ; eux-mêmes se vantaient « *se omnibus summis infimisque jura æquasse* (3) ». Mais cette tendance même détermina l'avènement d'un droit nouveau, qui avait existé jusque-là à l'état latent dans la masse plébéienne, et que la consécration légale fit apparaître au grand jour.

Les plébéiens n'avaient pas manqué, durant leur longue exclusion du droit patricien, de créer à leur usage particulier certaines coutumes, qui peu à peu remplirent tout le domaine du droit privé. Ces coutumes présentaient évidemment un caractère profane, dépourvu de toute valeur sacrée. Etablie sur d'autres bases que la société patricienne, plongée dans un milieu pour ainsi dire laïque, la plèbe produisit un droit nettement civil. S'ils étaient exclus du *jus connubii*,

1. Tite-Live, III, 34.

2. *Ibid.*, III, 34. — 3. *Ibid.*, II, 34.

c'est-à-dire du droit d'entrer dans la communion des gentes, les plébéiens jouissaient du *jus commercii*, c'est-à-dire du droit de commercer librement et d'accomplir valablement les transactions ordinaires de la vie matérielle. Ce droit était reconnu aux Latins, comme généralement à toutes les populations amies de Rome, parmi lesquelles il constituait une sorte de droit international, analogue au *jus gentium* de l'époque classique. Il comprenait probablement certaines pratiques admises depuis des temps immémoriaux parmi les peuples de l'Italie centrale. Les auteurs romains les désignaient par la locution générale *per æs et libram agere*. L'action par le cuivre et la balance a dû être certainement une de ces formalités solennelles et symboliques, dont les hommes de l'époque patriarcale aimaient à entourer leurs transactions avec les membres d'une famille ou d'une tribu étrangère. Le cuivre, ou pour mieux dire le bronze (*æs*) était la matière dont on fabriquait les armes, et constituait par là la valeur la plus précieuse et la plus communément acceptée, c'est-à-dire la monnaie de l'époque. La balance servait à peser cette monnaie; il y avait, en outre, certaines paroles solennelles et certains gestes, dont il sera question tout à l'heure. A Rome, cette cérémonie s'appelait tantôt *mancipium* ou *mancipatio*, tantôt *nexum*, bien que le *mancipium* s'appliquât plus particulièrement aux transferts des biens, et le *nexum* à la création des obligations; mais c'est *mancipium* qui est l'expression la plus générale (1).

Voici en quels termes Gaius décrit la *mancipatio*, telle

1. Festus, v° Nexum est, ut ait Gallus Ælius quodcunque per æs et libram geritur, ad quod nexi dicitur; quo in genere sunt hæc: testamento, nexi datio, nexi liberatio. — Varron (*L. I lat.*, VII, 5) reproduit la même idée pour la rectifier ensuite: « Nexum Mamilius scribit omne quod per libram geritur, in quo sint mancipia; Mucius (Scævola) quæ per æs et libram fiunt ut obligentur, præterquam mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit. »

qu'elle était pratiquée de son temps : « Est autem mancipatio imaginaria quædam venditio, quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est ; eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et præterea alioeiusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra* ; décide ære percutit libram isque æs dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco (1). » Cette description ne rapporte qu'incomplètement la mancipatio des premiers temps. Gaius n'y voit plus qu'une vente imaginaire ; il est presque certain qu'au début c'était une vente réelle, dans laquelle le morceau de bronze, appelé *raudusculum*, représentait réellement le prix de l'opération. Les *certa verba*, par lesquelles l'acquéreur affirmait son droit de propriété (*meum esse aio*) étaient suivis d'un appel aux témoins : *testatio* et *testimonii perhibitio*. Le vendeur à son tour répétait la même formule avec cette différence qu'il disait : « *Tuum esse aio, et tibi emptus esto* ; » déclaration suivie d'une nouvelle *testatio*. Puis le vendeur disait : « *Raudusculo libram ferito*. » Lorsque l'acquéreur eut frappé la balance avec le morceau de cuivre, le libripens le faisait placer sur la balance, le pesait et annonçait le résultat aux parties. Ajoutons qu'en prononçant la formule, l'acquéreur devait nécessairement toucher la chose, *manu capere* (2).

C'est cette cérémonie d'un caractère évidemment commercial, qui a servi aux plébéiens à réaliser tous les actes de la vie civile. Grâce à l'expédient des fictions, si impor-

1. Gaius, I, 119.

2. *Ibid.*, I, 121. Unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. — Varron, *L. lat.*, VI, 8 : Mancipium quod manu capitur. Conf. Paul Diac., v° *Manceps*.

tant et si commun chez les anciens, on put, en toute circonstance, simuler une vente et faire une *mancipatio dicis gratia*. C'est ainsi que pour contracter mariage on émancipait la femme au mari, lequel disait : « *Hanc... ego ex jure Quiritium uxorem liberum quælundorum gratia et in mea potestate esse aio* (1). » Le mariage contracté *coemptione* était dissous par une mancipation en sens contraire. La dot était mancipée en ces termes : « *Hanc ego rem ex jure Quiritium dotis nomine meam esse aio* (2). » L'adoption était préparée par la mancipation de l'enfant à un tiers en ces termes : « *Hunc ego L. Titium tuum nepotem ex jure Quiritium in mancipio meo esse aio, isque mihi emptus esto*, etc. » Après quoi le tiers, maître de l'enfant, revendiquait ses droits de paternité devant le prêteur (3). La mancipation de l'enfant à un tiers créait au profit de celui-ci la puissance appelée *mancipium* (4). On employait ce procédé soit pour louer les services de l'enfant, soit pour l'abandonner au tiers, qu'il avait lésé par un *délit* (*noxæ datio*) (5). La mancipation servait encore à émanciper les fils (6), à réaliser les donations (7) et à établir des servitudes prédiales (8).

Les obligations étaient créées, et à l'inverse, éteintes, par une variété de la mancipation, appelée *nexum*. Cet acte se faisait à

1. Oraison funèbre de Thuria dans *Corpus Inscr. lat.*, VI, 1 : *Emancupata esset Cluvio*.

2. Gaius, II, 63.

3. Ulp., X, I; Gaius, I, 134 Cic. *De fin.*, I, 7: *Filium in adoptionem alicui emancipare*.

4. Cette expression n'aurait-elle pas désigné à l'origine toute puissance issue de la mancipation? Le *mancipium* n'aurait-il pas été la potestas plébéienne correspondant à la manus patricienne? Voici un texte qui montre ces deux expressions réunies après la fusion des classes. Aulugelle XVIII, 6 : *Matrem autem familias appellatam esse non solam quæ in mariti manu mancipioque aut in ejus in cujus maritus manu mancipioque esset*.

5. Gaius, I, 140, 141, II, 160; IV, 79.

6. Dig., I, 7; Gaius, I, 132; Ulp., X, 1.

7. *Fragm. vatic.*, 319.

8. Gaius, II, 29, 32; Ulp., XIX., 5. II.

peu près dans les mêmes formes que le *mancipium* ; seulement, par une déclaration annexe (*lex mancipi*) le débiteur s'engageait à se considérer comme *damnatus* en cas de non-paiement de la dette, ce qui permettait au créancier d'exercer immédiatement sur lui la *manus injectio*, et de l'emmener en captivité. On voit que l'obligation résultant de cet acte était gagée sur le corps du débiteur, et comme le débiteur et sa maison ne faisaient qu'un, sur sa *familia* et ses enfants (1). Ceci nous conduit à croire qu'à l'origine le *nexum* ne différait pas du *mancipium* ; le débiteur se mancipait lui-même au créancier, sous la condition sous-entendue que le créancier n'exercerait son droit qu'en cas de non-paiement de la dette. Il y a là quelque chose qui rapproche le *nexum* de la *coemptio*.

Ces différentes applications de l'acte *per æs et libram* furent validées à l'égard de tous les citoyens romains, par cette règle générale de la loi des XII Tables : « Cum *nexum* « faciet *mancipium* vue, uti lingua nuncupassit, ita jus « esto. » Désormais le droit profane est fixé d'une manière définitive et devient le droit commun de la cité. Peu à peu, les pratiques sacrales, qui étaient restées le secret des patriciens et des pontifes, se réfugient dans certaines matières particulières, et le droit basé sur la *mancipatio* devient de plus en plus le droit civil par excellence, le *jus Quiritium*.

L'édifice juridique du droit plébéen n'aurait pas été complet, si la *mancipatio* n'avait pas trouvé son application dans la matière si importante des testaments. Nous savons

1. Denys, VI, 26 : «Après cela, n'ayant plus de quoi payer mes dettes, mon impitoyable créancier m'a réduit en servitude avec mes deux enfants. » etc. VI, 29 : « Servilius fit publier par un huissier qu'il était défendu à toutes personnes de saisir, vendre, ou retenir en gage les biens des Romains qui suivraient ses étendards contre les Voisques, d'enlever leurs enfants, ou aucun de leur famille pour quelque contrat que ce fût. » — Tite-Live, II. 24.

qu'à l'origine, les plébéiens ne pouvaient tester que devant l'ennemi, sous la forme *in procinctu*. En temps de paix leur exclusion des *comitia curiata* les rendaient incapables de tester sous la forme sacrale du testament *calatis comitiis*. Il fallait pourtant trouver un moyen de faire le testament en toute tranquillité, loin du bruit des armes et de la mêlée des troupes. Les plébéiens y avaient à peu près les mêmes raisons que les patriciens ; ils ne pouvaient pas non plus quitter ce monde sans régler en détail l'avenir de leur maison. Si, à la vérité, le motif fondamental de la conservation des *sacra* n'existait pas pour eux au début, il faut y voir au contraire une raison de plus qui rendait le testament doublement précieux aux plébéiens. En effet, malgré la longue lutte des classes, les soulèvements et les réformes partielles, les plébéiens n'auraient jamais pu arriver à triompher en droit, si, en fait, ils n'avaient cherché à s'élever au niveau social et moral des patriciens, s'ils n'avaient réussi à s'identifier autant que possible avec eux dans leurs mœurs et leurs usages. Or la seule chose qui, à Rome, élevait un homme à la dignité de patricien, la seule circonstance qui, au point de vue social, habilitait un citoyen à compter parmi la meilleure compagnie romaine, c'était la possession de *sacra* domestiques. Le plèbe l'avait compris, et un grand nombre de maisons plébéiennes avaient commencé à se constituer des cultes particuliers et à garder le souvenir de leurs ancêtres, de manière à ressembler autant que possible aux maisons patriciennes. Or, le moyen qui devait réaliser et consolider cette œuvre, c'était le testament. Lui seul permettait au père d'imposer à ses enfants la loi, qui devait assurer la continuité du culte, ou de partager la succession de manière à ce que l'éclat et l'influence de la maison ne fussent pas diminués.

En appliquant la forme *mancipatoire* à l'acte de dernière

volonté, ils trouvaient, en outre, l'avantage de pouvoir tester en tout temps et en toute liberté. Le nouveau testament appartenait essentiellement au droit privé; l'autorité publique n'y intervenait en aucune façon, et le testateur se trouvait ainsi en mesure de prendre telle ou telle disposition, qu'une solennité publique eût empêché de se manifester.

En quoi consistait le testament per æs et libram? Gaius nous en donne une description assez détaillée : « Accessit
« deinde tertium genus testamenti, quod per æs et libram
« agitur; qui, neque calatis comitiis, neque in procinctu
« testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur,
« amico familiam suam, id est patrimonium suum, man-
« cipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem
« suam dare vellet : quod testamentum dicitur per æs et
« libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. Sane
« nunc aliter ordinatur quam olim solebat; namque olim
« familiæ emptor, id est, qui a testatore familiam acci-
« piebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei
« mandabat testator quid cuique post mortem suam dari
« vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur a
« quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, prop-
« ter veteris juris imitationem, familiæ emptor adhibetur.
« Eaque res ita agitur : qui facit testamentum, adhibitis,
« sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civi-
« bus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas
« scripserit, mancipat alicui, dicis gratia, familiam suam;
« in qua re his verbis familiæ emptor utitur : *Familiam*
« *pecuniamque tuam endo mandatam custodelamque*
« *meam esse aio, quo tu jure testamentum facere possis*
« *secundum legem publicam hoc ære, et ut quidam adji-*
« *ciunt, æneaque libræ esto mihi emptæ* ; deinde ære per-
« cutit libram, idque æs dat testatori velut pretii loco;

« deinde testator tabulas testamenti tenens, ita dicit : *Hæc*
« *ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego,*
« *ita testor ; itaque vos Quirites testimonium mihi perhi-*
« *betote ;* et hoc dicitur nuncupatio : nuncupare est enim
« palam nominare et sane quæ testator specialiter in tabu-
« lis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone
« nominare atque confirmare (1). »

Ce texte nous donne la description du testament per æs et libram, tel qu'il fonctionnait sous l'Empire. Les volontés du disposant sont consignées dans un écrit, des *tabulæ* ou *ceræ*, et restent, par conséquent secrètes. L'institution d'héritier est contenue dans l'écrit. La mancipatio n'est plus qu'une formalité extérieure, maintenue en souvenir du vieux temps. « Autrefois, dit Gaius, le patrimoine était réellement émancipé au *familiæ emptor*, lequel prenait la place de l'héritier. » C'est cette forme ancienne du testament mancipatoire, qui nous intéresse, et que nous allons étudier particulièrement.

La *familiæ mancipatio* était une opération fictive, au même titre que la *coemptio* et que la vente du fils précédant l'adoption ; c'était une de ces applications *dicis gratia* de l'acte *per æs et libram*, qui constituaient ce que nous avons appelé le droit plébicien. Mais cette dernière application présente un caractère assez singulier. La formule ordinaire de la mancipatio contient une revendication de propriété quiritaire, une déclaration de *meum esse*, qui établit un droit actuel, non éventuel et inconditionnel. Or, le testament est par essence un acte pour cause de mort, réalisable au décès du testateur, et subordonné à la condition de la survie de l'héritier. Faut-il penser que le testateur se dessaisissait *hinc et nunc* de ses biens, et les trans-

1. Gaius, II, 402, 404. Edit. Krueger et Studemund.

mettait immédiatement au *familiæ emptor* ? C'est inadmissible.

Cette difficulté pourrait être facilement écartée. On peut supposer que les parties s'entendaient, par un pacte adjoint d'ajourner la réalisation du droit transmis, jusqu'à l'époque du décès du testateur. Du reste, la *mancipatio*, toute rigoureuse qu'elle était dans la forme, n'excluait pas les conditions sous-entendues. Ce point n'est donc pas pour nous embarrasser. Il en est autrement d'une seconde difficulté que voici : la *mancipatio* ne s'appliquait qu'aux choses corporelles, que l'on pouvait toucher. La mainmise sur la chose était une condition essentielle de la *rei vindicatio* qui faisait partie du *gestum per æs et libram* (1). D'autre part les *res Mancipi* seules étaient sujettes à la *mancipatio* (2). Or, la *familiæ* étant une universalité de biens, constituée évidemment une chose incorporelle, et elle n'a jamais été comptée parmi les *res Mancipi*. Comment comprendre alors la *familiæ emancipatio* ?

Nous ne pouvons pas étudier ici la question fort obscure et très controversée de la division des choses en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, ni les rapports de la *mancipatio* avec cette division. Qu'il nous suffise de dire que la règle que nous venons de rappeler touchant l'application exclusive de la *mancipatio* aux *res Mancipi*, est loin d'être admise par tout le monde. C'est Puchta qui a essayé d'établir cette règle d'une manière aussi exclusive (3). Mais plusieurs auteurs contemporains, et notamment M. Voigt, la comprennent dans ce sens, que la *mancipatio* doit être appliquée aux *res Mancipi*, mais qu'elle peut être appliquée

1. Ulp., XIX, 6: *Res mobiles non nisi presentî Mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt.*

2. *Ibid.*, XIX, 3: *Mancipatio propria species alienationis rerum Mancipi.*

3. Puchta, *Cursus der Inst.*, II, p. 645, et suiv.

aussi aux autres biens (1). M. Voigt cite, comme *res nec Mancipi*, qui ont été soumises à la *mancipatio* :

1. Les *cives romani*, c'est-à-dire les fils de famille (2);
2. La *familia pecuniæque*, qui fait l'objet de notre étude;
3. L'*hereditas* dans la restitution d'un fidéicommiss d'hérédité (3);
4. Les *ollæ cinerariæ* (4);
5. Les *columbaria* ou *ollaria* (4);
6. De l'argent comptant dans la *dotis datio* (5);
7. Des bijoux (6).

Nous pourrions donc ne pas nous préoccuper du caractère de chose *mancipi* ou non de la *familia*. Du reste, les développements qui vont suivre, nous fourniront une explication directe qui pourra satisfaire tous les esprits. Mais la grande difficulté reste celle-ci : Comment la *mancipatio* pouvait-elle s'appliquer à un droit incorporel, et particulièrement à une universalité de biens ?

Parmi les *res Mancipi* énumérées par les textes, à savoir « *fundus, homo, jura prædiorum rusticorum, animalia quæ collo dorsove domantur* » (7), nous ne rencontrons

1. Voigt, *Die XII Tafeln*. II, p. 130, note 7.

2. Gaius, I, 117 et suiv.

3. *Idem*, II, 252. Théoph. Paraphr. II, 23, 3.

4. Inscriptions chez Fabretti, *Corpus inscr. Italic.*, p. 53, n° 307, Orell.
Inscr., n° 4358.

5. Juvénal, X, 335.

6. Plin., *Hist. Nat.*, IX, 35, 117.

7. Gaius, II, 14, 17.

qu'un seul bien incorporel, les servitudes prédiales rustiques, lesquelles peuvent être constituées par voie de mancipation (7). Cette dérogation à la règle n'est pourtant qu'apparente. Au fond, dans la mancipation d'une servitude rurale, le *mancipio accipiens* revendique son fonds tel qu'il se comporte, avec ses qualités et dépendances, et partant avec ses servitudes actives. Si la servitude n'existe pas encore, celui qui va l'acquérir feint son existence, et il la revendique comme une qualité du fonds dont il se déclare propriétaire.

Que faut-il penser maintenant de la mancipation d'un bien incorporel comme la familia? Avant d'essayer de répondre à cette question, il faut chercher à nous rendre un compte exact de l'objet de cette mancipation. Nous avons vu dans un chapitre précédent que le mot familia désignait à la fois la réunion des sui, celle des agnats, la domesticité, ou le patrimoine. C'est sous cette dernière acception que nous allons l'envisager maintenant, en nous tenant à la définition de Gaius: « familia id est patrimonium (1). »

A ce point de vue on trouve aussi très souvent la formule: « familia pecuniaque » (2). M. Kuntze pense que la familia désignait l'ensemble des res Mancipi, lesquelles ayant une plus grande valeur, comptaient seules dans la fixation du cens; la pecunia ne comprenant que les res nec Mancipi, aurait échappé au recensement (3). Outre que cette assertion ne s'appuie sur aucun texte, elle est formellement contredite par un passage de Cicéron, qui établit le rôle des censeurs de la manière suivante: « Censores populi

1. *Idem*, II, 29.

2. Gaius, II, 402.

3. Cic., *Rhetor. ad Her.*, I, 23; *De leg.*, III, 3; Pétrone, *Satyricon*, 141; Suétone, *Néron*, 4.

4. Kuntze. *Excuse*, p. 68 et suiv., 88 et suiv.

ævitates, soboles, familias pecuniasque censent » etc. (1). La *lex Julia municipalis* (a. 708 a. u. c.) porte aussi : « rationem pecuniæ ex formula census accipito... » (2). On trouve très souvent dans les derniers temps de la république et après, l'expression *pecunia* seule pour désigner le patrimoine tout entier (3). A l'époque classique *pecunia* est entièrement identique avec *familia*. « Sed et si quis, dit Ulpien, « bona » rogatus sit vel « familiam » vel « pecuniam » rogatur vel « universam rem meam »... et Paul ajoute encore : « vel omnia sua » (4). M. Pernice déduit de cette assimilation que la *familia* n'aurait pas constitué une véritable universalité de biens ; elle aurait compris tous les biens corporels à l'exception des créances et des dettes, lesquelles auraient été *extra patrimonium* (5). En effet, d'après Ulpien, « pecuniæ verbum non solum numeratam » « pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, » « hoc est omnia corpora » (6). — *Rei appellatio*, dit Paul, *latior* « est quam pecuniæ, quia etiam ea quæ extra computationem patrimonii nostri sunt continet, quam pecuniæ significatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt » (7). Ce seraient les jurisconsultes très postérieurs qui auraient reconnu à la *pecunia* le caractère d'une véritable universalité de droits : « Pecuniæ nomine non solum numerata

1. Cic., *De leg.*, III, 3.

2. Corpus, *Inscr. Lat.*, n° 206.

3. Festus, v° *Res familiaris quam pecuniam nunc dicimus*. — Porphyre in Horat., *Ep.* I, 15, 46 : *Pecunia res familiaris*. — *Edit du dictateur M. Junius Pera* (a. 538) chez Tite-Live, XXIII, 14 : *Pecunia judicati*. — *Decret. colleg. trib. pl.* (a. 543) chez Tite-Live, XXVI, 3 : *Vel capitis Vel pecuniæ judicari*. — Sénat-cons. de *Bacch.* (a. 568) Corp. inscr. Lat., n° 96 : *PECVNIA COMOINIS*. — *Lex Julia peculatus* (à 664) dans L. 1, Dig., XLVIII, 13 : *Pecunia sacra, religiosa, publicave*. — *Lex Julia repet.* (a. 695) L. 7, pr. Dig., XLVIII, 11 : *Judicium capitis pecuniæve*.

4. L. 5, § 8, et L. 16, Dig., XXXVI, 1.

5. Pernice, *Labeo*, I, p. 324 et suiv.

6. L. 178, pr. Dig., L. 16.

7. L. 5, pr. Dig., *eod. tit.*

pecunia, *sed omnes res*, tam soli quam mobiles, et *tam corpora quam jura* continentur » (1). Pomponius éprouve encore le besoin de combattre l'ancienne opinion : « Heres in omne jus mortui, non *tantum singularum rerum* dominium succedit, quam et ea quæ in hominibus sint ad heredem transeunt (2). » Labéon avait professé dès le début de l'empire qu'une hérédité pouvait porter exclusivement sur des choses incorporelles (3); mais en cela, comme en d'autres choses, le génie de ce jurisconsulte avait devancé son siècle.

Si néanmoins l'héritier succède aux créances et aux dettes du défunt, M. Pernice pense que ce serait en vertu d'une disposition expresse de la loi des XII Tables. Il donne pour preuve les textes suivants qui se rapportent aux dettes : « Quippe cum evidentissime lex XII Tab. heredes huic rei » (actioni creditorum) faciat obnoxios (4) — pactum successorum debitoris ex lege XII Tab. æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso jure divisum in solidum unum obligare creditori non potest (5). » Quant aux créances, il cite les textes suivants : « Ea quæ in » nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso » jure in portiones hereditarias e lege XII Tab. divisa » sunt. (6) — In hoc judicium (fam. erescundæ) nomina non » veniunt (7). — Ceteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc judicium (8). » Il est visible que M. Pernice se méprend sur la portée des derniers textes qui réfèrent à la division des créances et non à leur transmission. Ils veu-

1. L. 222 ; Dig., *eod. tit.*

2. L. 37 ; Dig., XXIX, 2.

3. L. 3, § 1 ; Dig., XXXVII, 1.

4. L. 7, c. IV, 16.

5. L. 26, c. II, 3.

6. L. 6, c. III, 36.

7. Ulp., L. 2, § 5 ; Dig., X, 2.

8. Ulp., L., *pr.* ; Dig., *eod. tit.*

lent dire que les créances ne sont pas comprises dans l'opération du partage, parce que la loi des XII Tables les divise de plein droit entre les cohéritiers. Mais cela ne veut pas dire que les créances ne faisaient pas partie du patrimoine et ne se transmettaient pas avec lui.

Nous avons, à côté de l'*hereditas*, transmission universelle pour cause de mort, d'autres transmissions universelles entre vifs. Lorsque la femme est mancipée dans la *coemptio*, lorsque le père de famille adrogé passe sous le pouvoir de l'adrogeant, lorsque le débiteur insolvable est adjudgé (*addictus*) au créancier, le patrimoine de chacune de ces personnes passe avec elle sous la puissance du nouveau maître (1).

Dans tous ces cas les créances font partie du patrimoine transmis. « *Sunt autem, dit Gaius, etiam alterius generis*
« *successionis quæ neque lege XII Tabularum neque præ-*
« *toris edicto sed eo jure quod consensu receptum est,*
« *introductæ sunt : et enim cum pater familias se in adoptio-*
« *nem dedit, mulierve in manum convenit, omnes ejus res*
« *incorporales et corporales quæque ei debitæ sunt patris*
« *adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his quæ*
« *per capitis diminutionem pereunt, etc. (2).* » Ce texte s'applique aussi au débiteur *addictus*, puisque le prêteur
« *addicit totam familiam creditori* » (3).

1. Pour la femme in manu : Te et tua quæ tu babes commendes viro (Plaute, *Merc.*, IV, 3,3.) Hoc viri censeo esse omne quidquid tuum est (*Idem*, *Cas.*, II, 2, 29). — Pour l'adrogé : Si pater familias adoptatus sit., omnia quæ ejus fuerunt et acquiri possunt tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit, hoc amplius liberi ejus qui a potestate sunt eum sequuntur. (Ulp., L. 15, *pr.*; Dig., I, 7). — Pour l'*addictus* : L'édit du consul P. Servilius (a. 259), prescrit à l'occasion de la guerre contre les Volsques que les créanciers ne s'emparent pas de la famille de leurs débiteurs (Denys, VI, 29). Lenonem tibi cum tota familia dabo hodie dono (Plaute, *Pæn.*, I, 1, 40). Ubi in jus venerit, addicet prætor familiam totam tibi (*Ibid.*, v. 57).

2. Gaius, III, 82, Conf. Inst., III, X *pr.* et § I; Théophile, paraphr.; Ulp., L. 4, § 1, Dig., XLVII, 2; Paul., L. 47, *eod. tit.*; L. 22, § 3, Dig., V, 2.

3. Plaute, *Pæn.*, I, 1, 57.

Il n'en est pas de même des dettes, lesquelles ne font pas partie du patrimoine; elles constituent un *æs alienum* distinct de la *pecunia* du débiteur.

La suite du passage de Gaius, que nous venons de citer, le montre très clairement pour l'adrogé et la femme in manu : « Ex diverso quod is debuit qui se in adoptionem dedit quæ in manum convenit non transit ad coemptionato-rem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium æs alienum fuerit, tunc enim quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur jure; is vero qui se adoptandum dedit quæve in manum convenit desinit esse heres. De eo vero quod proprio nomine eæ personæ debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur, neque coemptionator, et ne ipse quidem qui se in adoptionem dedit quæve in manum convenit, maneat obligatus obligatave quia scilicet per capitis deminutionem libertur (1). » Ce texte nous montre très bien, qu'en règle générale, toutes les fois qu'un patrimoine est transmis à titre universel à une autre personne, les dettes ne se transmettent pas, parce qu'elles s'éteignent à la suite de la *capitis deminutio* subie par le débiteur. Cette règle comporte une seule exception relative à l'héritier, lequel succède aux dettes du cujus (2). Pour nous, cette dérogation tient à la nature particulière de l'hereditas, telle que nous l'avons établie au chapitre III. Nous avons montré, en effet, que la succession puisait son caractère et sa raison d'être moins dans la transmission du patrimoine que dans la continuation de la personne du decujus par l'héritier. Nous avons vu, en particulier, que l'héritier succédait aux dettes du decujus de la même manière qu'il continuait *ses votes*. Dans ce système, l'exception faite pour l'hérédité s'explique

1. Gaius, III, 84.

2. *Ibid.*; aussi Ulp., L. 6, § 6, Dig., III, 2: Quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in æs alienum defuncti.

par elle-même. La plupart des auteurs, au contraire, maintenant que les dettes s'éteignent par la mort du débiteur, attribuent cette exception à une disposition expresse des XII Tables, qui aurait chargé les héritiers du passif de la succession (1).

De l'exposé qui précède il résulte, qu'indépendamment de la pecunia et des différentes significations que cette expression a pu revêtir, la familia envisagée en elle-même a toujours été considérée comme une universalité de droit, comprenant des biens corporels et incorporels, et les créances, mais non pas les dettes. Ce n'est pas à dire que les Romains aient conçu dès le début une notion aussi complexe que celle de la véritable universalité juridique. C'est vers la fin de l'époque classique que ces notions sont élaborées et prennent une forme définitive. Pour les anciens Romains l'universalité du patrimoine ou de l'hérédité était une notion de fait plus que de droit. Avec leur manière de voir éminemment synthétique ils n'aperçoivent dans le domaine privé, que la domus étroitement unie, et la manus du père de famille, qui la domine entièrement. Ces deux notions à leur tour se couvrent presque entièrement et s'identifient à beaucoup d'égards. Il arrive ainsi que la domus, et plus tard la familia, participent dans une certaine mesure de la personnalité du père de famille. Elles constituent une dépendance de sa personne, et d'une manière plus générale, un reflet de la personnalité humaine dans le monde des biens. C'est ainsi que nous avons vu l'adrogé, ou la femme mariée, au l'addictus poussant sous la puissance d'un maître, entraîner avec eux leur patrimoine et leurs enfants, tant il est vrai

1. Pernice, *Labeo*, I, p. 326; Voigt, *Die XII Tafeln*, II, p. 366; contra Hölder *Zeitschr. f. Rechtsg.* I, p. 83.

que le patrimoine et les enfants font partie intégrante de la personnalité du père.

Mais ce caractère unitaire du patrimoine et sa ressemblance avec la personne humaine supportent avec plus de relief, lorsque soit par l'incapacité, soit par l'absence du maître, le patrimoniese trouve avoir une existence séparée. Lorsque le maître, tout en restant libre de sa personne, n'est pas en état de gérer ses biens, ce qui arrive dans le cas d'un furiosus ou d'une prodigue, d'un impubère *proximus infantie* et jusqu'à un certain point d'une femme non mariée, les biens sont confiés à l'administration d'un curateur ou tuteur. Dans ces divers cas il est visible que le patrimoine de l'incapable constitue une universalité représentant la personne de celui-ci. Ce caractère est encore plus apparent lorsqu'il s'agit du patrimoine d'un absent, notamment d'un citoyen captif chez l'ennemi. Pendant tout l'intervalle de la captivité, effacé plus tard par l'effet du *post liminium*, la familia a eu une existence indépendante, pendant laquelle elle contenait la personne de l'absent.

Il ne faut pas s'étonner dès lors que les vieux Romains aient traité la familia à l'instar d'une personne, et lui aient reconnu par voie de conséquence, sinon directement, le caractère de *res mancipi* attribué à la personne humaine. « *Serviles et liberæ personæ mancipantur* (1) », dit Gaius ; d'où il s'ensuit que la familia pouvait faire l'objet d'une mancipation, au même titre que la personne humaine (2).

Après avoir ainsi établi l'objet de la *familiaë mancipatio*, étudions maintenant le mode particulier de ce transfert.

Nous avons dit précédemment, qu'il était impossible au

1. Gaius, I, 120.

2. Conf. *Huschke Studien*, p. 233, note 59 et Böcking, *Pandecten des röm Privatr.*, 2^e édit., p. 162, note 6 et p. 256, n. 15.

familiæ emptor de prononcer le « meum esse aio ex jure « Quiritium » sur le patrimoine mancipé, si le testateur ne renonçait pas *hinc et nunc* à son droit de propriété. En effet, deux personnes ne pouvaient pas avoir à la fois le domaine quiritaire sur une même chose. Nous avons ajouté, que si, en droit, le patrimoine était immédiatement transmis à l'emptor, en fait, probablement celui-ci consentait un pacte adjoint, par lequel il s'engageait à n'user de son droit qu'après la mort du disposant. Mais cette explication est-elle bien nécessaire, et s'agit-il réellement, dans notre espèce, d'un transfert de propriété? La formule de la mancipation testamentaire, à l'encontre des autres mancipationes ne contient pas la déclaration : « Ex jure Quiritium « meum esse aio. » L'emptor n'affirme en aucune façon qu'il entend acquérir le domaine quiritaire sur le patrimoine mancipé. Il dit au contraire quelque chose qui n'implique pas le droit de propriété. Suivant les différentes lectures du texte de Gaius, il dit : « Familia pecuniaque « tua endo mandatela m custodelamque meam (1) », ou bien : « Familia pecuniaque tua endo mandatela tutela custode- « laque mea (2). »

Pour plus de sûreté, examinons le texte de Gaius lui-même, tel qu'il résulte du manuscrit original de Vérone. Ce texte serait, d'après l'apographum de Studemund, le suivant :

*Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tu
am custodela que meaqtui ure testamentum
facere possis secundum legem publicam hoc
ere et ut quidam adiciunt æneaq. libra est mi
hiempta.*

Lachmann en a fait : « Familia pecuniaque tua endo

1. Edit. Krueger et Studemund, Berlin, 1877.

2. Lachmann dans la 3^e édition de *Götschen*,

« mandatelam tutelam custodelamque meam quo tu jure
« testamentum facere possis, secundum legem publicam,
« hoc ære et ut quidam adiciunt æneaque libra esto
« mihi empta. »

Plusieurs observations peuvent être faites sur ce texte. Tout d'abord, on n'y trouve pas les mots *esse aio*, indispensables à toute mancipatio comme à toute déclaration de droits (1). Si ces mots manquent dans le texte, c'est qu'il y a eu très probablement un oubli du copiste. Il a écrit à la hâte *meaq.* pour : *meææaioeaqo*, c'est-à-dire : « mea esse « aio eaque quo »., etc.

En second lieu, il paraît singulier que la formule : « hoc « ære æneaque libra », laquelle est généralement reproduite d'un trait sans interruption (2), se trouve coupée ici par la proposition incidente « et ut quidam adiciunt, » dont on ne comprend pas le sens à cette place. Cette partie de la formule est de rigueur dans toute *gestio per æs et libram*, et constitue en quelque sorte une locution de style, ayant un sens complet et indivisible par elle-même. Pourquoi certains auteurs auraient-ils dit seulement « hoc ære, » et d'autres auraient-ils ajouté les mots « æneaque libra, » qui se rapportent d'une manière évidente et forcée à la partie antécédente « hoc ære » ? Il faut croire encore que le copiste s'est trompé sur le placement de cette proposition : « et ut quidam adiciunt ». On comprendrait bien mieux que cette incidente fût placée avant le mot « custodelaque », qui ne fait que répéter en partie une idée contenue dans les termes précédents ; et qui pourrait avoir été ajouté plus tard. Il faudrait donc lire : « endo mandatelam tutelam, et ut « quidam adiciunt custodelamque meam ».

1. Conf. *Huschke Studien der röm. Rechts.*, p. 246 ; Böcking, Edition de Gaius.

2. Gaius, I, 119,

Mais d'autres corrections peuvent encore être faites. Pourquoi Lachmann lit-il *familia pecuniaque* au nominatif, alors que le manuscrit les donne à l'accusatif, de manière à concorder avec la construction *esse aio*? Pourquoi les mots « *mandatela* *tutela* *custodela* *que* » à l'accusatif, alors que le texte les contient à l'ablatif? Il faut, sur ces deux points, rétablir la construction du texte. D'autre part, le mot *mandatela* paraît assez suspect. On ne le rencontre chez les auteurs latins qu'une seule fois, paraît-il, dans Priscien (1). Comment comprendre aussi qu'un terme qui a figuré pendant des siècles dans une formule aussi commune que celle du testament, n'ait jamais été employé par les jurisconsultes? Il est assez probable que ce mot est dû à une mauvaise lecture du texte et à une faute du copiste. Si nous admettons que les syllabes *mendo* aient été répétées deux fois par mégarde par le copiste, de la manière suivante : « *Familiam pecuniamque tuam endomendo telatu* », on peut lire le texte : « *Familiam pecuniamque tuam endo tutela* (et ut quidam adiciunt) *custodelaque mea esse aio eaque quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc ære æneaque libra esto mihi emptum* (2) ».

Ainsi rétablie, la formule paraît très claire, d'un contexte logique, compréhensible dans toutes ses parties et en tout conforme à la formule de la mancipation ordinaire.

On a remarqué que les syllabes : *telatu* deviennent dans notre lecture : *tutela*. C'est la version de Lachmann et de bien des auteurs. Il n'est pas de notre compétence de décider s'il y a lieu de l'adopter définitivement, ou non ; les éléments de la décision nous manquent. Mais il faut recon-

1. Priscien, *Commentarium grammaticorum*, lib. IV, 622.

2. Cette lecture a été proposée par M. Salkowski dans son étude : *Zu Gaius*, II, 104 (*Zeitschr. f. Rechtsgesch.* III, p. 197).

naître que si on l'admet, la théorie du testament per æs et libram change entièrement de face. En effet l'idée de tutela jointe à ce testament l'éclaire d'un jour tout nouveau. Supposons pour un moment, la thèse comme démontrée, et on verra quelles conséquences peuvent en résulter.

Et d'abord étudions le mot *tutela* dans toute sa signification.

Cette expression avait à Rome, non seulement le sens particulier de la protection des impubères ou des femmes, mais un sens général de protection, qui trouvait une foule d'applications dans les matières les plus diverses.

1° Les dieux avaient en leur tutelle les choses qui leur étaient consacrées : « Salios, qui sunt in tutela Jovis Martis » Quirini (1). — Evocari deum cujus in tutela id oppidum « esset... constatque ideo occultum in cujus dei tutela » Roma esset (2). » Un chant des Frères Arvales portait : « Sive deo sive deæ in cujus tutela hic lucus locusve (3). » De même lorsqu'on évoquait les dieux tutélaires d'une ville ennemie, on disait : « Si deus si dea est cui populus civitas- » que Carthaginensis est in tutela, teque maxime ille « qui urbis hujus populi que tutelam recepisti, etc. (4) » La tutelle des dieux était une potestas : « Dii quorum est » potestas nostrorum hostiumque (5) ». La divinité protectrice de la maison s'appelait elle-même tutela, c'était un lare placé à l'entrée de l'atrium. On trouve sur les inscriptions : « Deus tutela — tutela hujus loci — » tutela et genius loci — tutela domus (6) ». Tutanus

1. Serv., *ad Æen*, II, 188, 381 : VIII, 663.

2. Val. Flaccus chez Pline, *Hist. nat.*, 28, 2, 18.

3. C. I. Lat., VI, 1, p. 560 ; Fabretti ; p. 79. Cic. *De nat. deor.*, III, 22, 2 ; *De fin.*, III, 20, 66 ; *De prov. cons.*, 14, 35 ; Tite-Live, XXIV, 24, 2.

4. Macrobe, *Saturn.*, III, 9, 7 ; aussi III, 9, 2, 3.

5. Tite-Live, VIII, 9, 6.

6. Orelli, 1698, 1699 ; C. J. L., III.444, VI, 178, 179 ; Orelli, 1700, 1736, 1737 1837, 5676.

et Tutelina étaient des divinités qu'on invoquait dans le besoin (1).

2° L'Etat exerçait une tutelle sur les *publici amici, hospites* ou *clientes*, sur tous ceux qui vivaient à l'abri du nom romain : « *Petere ut eum non sub hospitum modo* » *privatorum custodia, sed publicæ etiam curæ ac velut* » *tutelæ* vellent esse (2). — Si in civitatem sociam amicumve aut ad regem socium velamicum venerit, nomine publico *tutus esse incipit* (3). — Si aliquis (Judæos) sit sceleribus implicitus, idcirco tamen iudiciorum rigor jurisque publici *tutela* videtur in medio constituta ne quisquam sibi ipse permittere valeat ultionem (4). — Nec in ea re quæ *publicam tutelam* meruit (5). »

3° Le père de famille exerçait une tutelle : (a) Sur sa femme. Dans une comédie de Térence, une mère présente sa fille à celui qui doit l'épouser, et lui dit : « Te isti virum do amicum, *tutorem*, patrem, bona nostra hæc tibi permitto et tuæ mando fidei. » Et le fiancé répond : « Hanc mihi in manum dat » (6). (b) En ce qui concerne son patronage sur l'*hospes* et le client.

4° On appelait aussi *tutela* toute charge quelconque, les soins à donner à un objet déterminé : « Quidam in testamento ita scripsit : Rei publicæ Graviscanorum lego in *tutelam* viæ reficiendæ quæ est in colonia ad viam Aureliam (7). — Pecuniam quæ in opera nova legata est potius in *tutelam* eorum quæ sunt convertendum quam inchoandum opus erogandam Divus Pius scripsit (8). Quid-

1. Varron, chez Nonius Marcellus.

2. Tite-Live, LXII, 49.

3. Paul, L. 9, § 3; Dig., XLIX, 15.

4. L. 14, C. 1, 9.

5. L. 2, § 1, Dig., XL, 15.

6. Térence, *And.*, I, 5, 60.

7. L. 30, Dig., XXXI.

8. L. 7, *pr.* Dig., L, 40.

« que in *tutelam* ædificiorum ægrumve servum curan-
« dum », etc. (1). Les Romains avaient l'habitude de consacrer un petit terrain à l'entretien de leur tombeau; le terrain était affecté in *tutelam cinerum* (2). On trouve aussi des inscriptions de ce genre : HVC MONVMENTO TVTELAE NOMINE CEDVNT AGRI PVRI IVGERA X (3).

5° On disait aussi « pro tutela agere » toutes les fois qu'un citoyen plaidait dans l'intérêt d'un incapable. Cela était dit : a) du tuteur plaissant pour l'*infans* (4); b) du *curator furiosi* (5); c); du *patronus* agissant au nom de l'*hospes*, victime d'un délit (6) où d'un client jusqu'aux XII Tables (7).

Il résulte de cet exposé, que même dans le langage du droit, le mot *tutela* avait un sens général, qui comprenait la défense de tous les incapables. Cette défense constituait un droit pour l'incapable, et un devoir pour les citoyens, qui se trouvaient plus rapprochés de lui. C'est un *officium*, c'est--dire un devoir moral relevant de la *fides* et des *boni mores*. Ainsi le pupille est « caput liberum fidei commissum alicujus (8). »

Parmi les différentes tutelles, la plus caractérisée et la plus commune était celle qui portait sur les impubères et sur les femmes. Elle était aussi la plus énergique. Le pouvoir du tuteur sur l'*infans* ou sur la femme est une puissance semblable à celle du père de famille, avec cette différence qu'elle porte sur une personne libre, qui garde *sor caput*. « Tutela, dit Servius, en ce qui concerne les impu-
« tères est *vis ac potestas* in capite libero ad tuendum eum

1. L. 7, § 16, Dig., XXIV, 3.

2. Quintil., Inst., VII, 9, 4.

3. Orelli, n° 4371.

4. L. 30, Dig., V, 2.; L. 1.; § 2, L. 2 *pr.* Dig., XXVI, 7.

5. L. 56, § 4, Dig., XLVII 2. 11. — 12. *Ibid.*

6. Cic., *Pro Cæcina*, 20.; Plaute, *Mil.* II, 6, 22; *Pæn.* V, 4; 73. Tite-Live, XLIII, 2

7. Tite-Liv., III, 14, Denys, II, 10.

8. Aulu-Gelle, V, 19, 10.

« qui propter ætatem sua sponte se defendere nequit, « jure civili data ac permissa (1). » « Mulieres, dit Cicéron « pour ce qui concerne les femmes, omnes propter infirmittatem consilii majorum in tutorum potestate esse voluerunt (2). » L'analogie entre les deux puissances est si grande, qu'elles portent le même nom de *manus*. « Majores nostri, dit Tite-Live, feminas voluerunt in manu esse parentum, fratrum, vivorum (3). » La manus de frères sur leurs sœurs est évidemment une tutelle. On trouve aussi dans Plaute la forme archaïque et très intéressante de *manstutor* ou *manustutor* (4), ce qui permet de conjecturer que la tutelle a eu, à l'origine, une portée plus grande, et une étendue plus considérable qu'à l'époque classique.

Scheurl dit très ingénieusement que la tutelle est par rapport à la patria potestas, ce que les droits réels sont par rapport à la propriété (5). La tutelle apparaît, en effet, comme une espèce de démembrement de la puissance paternelle, comprenant les attributions tutélaires du père de famille, à l'exclusion du pouvoir de commandement et du *jus vitæ necisque*, que la loi seule lui accorde. Mais dans les limites de ce pouvoir de protection, le droit du tuteur porte autant sur la personne de l'incapable que sur ses biens. On peut même affirmer qu'il a principalement en vue la conservation du patrimoine et la défense des intérêts que le pupille ou la femme sont incapables de gérer par eux-mêmes. Le droit que la loi reconnaît au tuteur sur la personne de l'incapable n'est que la forme juridique qui lui permet

1. L. 1, pr. Dig., XXVI, 1.

2. Cic., *Pro Murena*, 27.

3. Tite-Live, XXXIV, 2, 11.

4. Plaute, *Truc.*, IV, 4, 6 : Video eccum qui manstutorem med optavit bonis. Ce vers était lu généralement : Video eccum qui amens tutorem me adoptavit bonis. Mais le texte a été définitivement rétabli par Fleckeisen (*N. Jahrb. f. Phil.*, 1870 (t. CI, 544).

5. Scheurl, *Beitrag, e zur Bearbeitung des röm. Rechts*, II, 2.

d'être saisi de l'administration des biens de l'incapable. La tutelle paraît être plutôt un droit sur le patrimoine (1). De même qu'à l'origine on ne pouvait comprendre le gage, le commodat et le dépôt sans un transfert de propriété, mais que plus tard ces contrats pouvaient s'établir sans un transfert de ce genre, de même la tutelle n'était possible à l'origine que moyennant la potestas sur la personne de l'incapable; mais plus tard on l'admit comme un droit d'administration n'impliquant pas de droit sur la personne du pupille ou de la femme (2). Les textes font très bien ressortir le côté réel de la tutelle : ils considèrent le tuteur comme étant quasi propriétaire : « Nam tutor in re
« pupilli tunc *domino loco* habetur quum tutela adminis-
« trat (3). — Quia tutor *domini loco* habetur (4). — Veldomi-
« nis vel his (tutores) qui *vice dominorum* sunt (5). — Tutor
« qui tutelam gerat quantum ad providentiam tutelarum
« *domini loco* habere debet (6). » En un mot, la tutelle portait véritablement sur la *res*, elle était *tutela rei*. La loi des XII Tables ne connaît que cette expression. Qu'on ne nous oppose pas le texte de Marcien : « Quia tutor personæ non rei vel causæ datur (7). » Ce fragment est expliqué par ceux qui le précèdent. Le contexte complet est le suivant : « *Ceterarum rerum vel causarum* testamento tutor dari
« non potest nec deductis rebus — etsi datus fuerit tota datio
« nihil valebit — quia personæ non rei vel causæ de
« tur (8). » Ce que ces textes veulent dire c'est qu'un tuteur ne peut pas être nommé pour une seule affaire concernant

1. Puchta, Inst., III, p. 195.

2. *Ibidem*.

3. L. 7, § 3, Dig., XLI, 7.

4. L. 56, 54, Dig., XLVII, 2.

5. L. II, § 7, Dig., XLIII, 24.

6. L. 27, Dig., XXVI, 7.

7. L. 14, Dig., XXVI, 2.

8. LL. 12, 13, 14, *eod. tit.*

l'incapable ; il faut qu'on le prépose à l'ensemble du patrimoine. Cette explication est tellement juste, que le fragment de Digeste qui suit les précédents, admet parfaitement un tuteur préposé à une partie de la fortune, un tuteur à titre universel : « Si tamen, dit ce texte, tutor detur rei Africæ canæ vel Syriacæ utilis datio sit, hoc enim jure utimur (1). » On trouve là un souvenir de la tutela rei des premiers temps.

Même à l'époque classique où la tutela rei est devenue une tutela personæ, elle garde néanmoins le caractère d'un droit réel. Elle peut être revendiquée (2) probablement sous cette forme : « Hunc ego hominem jure Quiritium in mea tutela esse aio. » Elle peut aussi être cédée in jure : Ulpien l'affirme de la tutelle des femmes (3), mais nul doute qu'à l'origine cela n'ait été vrai aussi de la tutelle des impubères.

Nous avons dit que la tutelle ressemblait à la manus, dont elle était une émanation. Mais elle ressemblait encore davantage à un autre droit, aussi universel et aussi réel que la tutelle, et qui présente bien des points communs avec elle : nous voulons parler de l'hereditas. Le droit de l'héritier et celui du tuteur se touchent par bien des côtés. Non seulement tous les deux présentent le même caractère d'universalité et de réalité, non seulement tous les deux peuvent être revendiqués et cédés devant le magistrat, mais ils ont la même double nature. De même qu'il y a une hérédité légitime et une hérédité testamentaire, il y a une tutelle des agnats et une tutelle testamentaire, avec la même particularité que la vocation testamentaire prime l'autre. Chose particulière encore, lorsque le père de

1. Ulpien, L. 15, Dig., XXVI, 2.

2. Théoph., *Par.*, IV, 10 pr. Keller, *Rôm. Civilprocess.*, p. 282.

3. Ulpien, *fragm.*, XIX, 11.

famille meurt sans avoir pris soin de la tutelle de ses enfants, bien qu'ayant fait testament, on dit qu'il est mort *ab intestat*, quant à la tutelle. « *Intestatus videtur*, dit Paul, « non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui « testamento liberis suis tutores non dedit; quantum enim « ad tutelam pertinet, intestatus est (1). » Cette similitude constante indique une connexité intime, et peut-être une identité originaire. Les textes confirment pleinement cette conjecture. Le droit à la tutelle des incapables était un corollaire du droit à la succession de leurs biens. Gaius dit que la dévolution de la tutelle des agnats a été réglée, comme celle de l'hérédité légitime, par la loi des XII Tables (2). Cicéron donne même le texte de cette loi : « Si « furiosus escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque « ejus potestas esto (2). » La loi des XII Tables ayant omis de régler la tutelle des affranchis impubères ou femmes, les jurisconsultes l'ont néanmoins déduite de cette loi, par cela seul qu'elle avait réglé la succession des affranchis. « *Ex eadem lege XII Tabularum*, dit Gaius, *libertarum et* « *impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque* « *eorum pertinet; quæ et ipsa tutela legitima vocatur, non* « *quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia* « *proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis* « *legis introducta esset : eo enim ipso quod hereditates* « *libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jus-* « *serat lex ad patronos liberosve eorum pertinere ; credi-* « *derunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos per-* « *itnere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit* « *eosdem et tutores esse jusserat (3).* » Ces idées sont très bien résumées dans cet adage du vieux jurisconsulte Mucius Scævola : « *Quo tutela redit, eo et hereditas*

1. Gaius, I, 155.

2. Cicéron, *Rhet. ad Herenn.*, I, 13; *De Inv.*, II, 50.

3. Gaius, I, 165.

« *pervenit*, nisi quum feminæ heredes intercedunt (1). »

La coïncidence entre la tutelle et le droit de succession est si grande, qu'elle se retrouve dans les moindres détails. Nous avons dit qu'à l'exemple de l'*hereditas*, la tutelle pouvait être cédée *in jure*. Mais, de même que cette faculté n'était accordée qu'aux héritiers *ab intestat*, de même les tuteurs légitimes seuls pouvaient se débarrasser du fardeau de la tutelle en la cédant à un tiers. Le tuteur, comme l'héritier testamentaire ont été choisis *intuitu personæ*; ils ne peuvent pas s'en substituer une autre; les tuteurs et les héritiers *ab intestat* n'ont qu'un devoir, celui de pourvoir à la tutelle ou à la succession vacante, même en se substituant une tierce personne.

La similitude entre la tutelle et l'hérédité testamentaire se montre aussi dans leurs origines. L'hérédité testamentaire est généralement déduite du texte des XII Tables : « *Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto* (2). » Le même texte sert de base à la tutelle testamentaire : « *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege XII Tabularum. Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto* (3). » Les deux institutions semblent n'en faire qu'une. La succession testamentaire et la *tutela rei* paraissent un seul et même fait. Le *tutor rei* obtient la *pecunia*; ou plutôt, comme disent les textes, la *tutela rei* et la *pecunia* sont identiques : « *Sæpe ita comparatum est, dit Paul, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur et disjuncta pro conjunctis; nam, cum dicitur apud veteres agnatorum gentiliumque pro separatione accipitur; at eum dicitur, super pecuniæ tutelæve suæ tutor separatim sine pecunia dari non potest* (4). »

1. L. 43, *pr.* Dig. L. 17.

2. Pomponius, L., 420; Dig., L. 16.

3. Ulpien, *Fragm.*, XI, 14.

4. L. 53 *pr.* Dig., L. 16.

Cet exposé nous permettrait de conclure que le tutor qui oblient la pecunia, ne serait autre que le familiae emptor du testament per aes et libram. Cette solution n'est pas seulement conforme aux textes, mais elle fait encore très bien comprendre la pratique. En effet, Gaius nous dit : « Qui « neque calatis comitiis, neque in procinctu, testamentum « fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam « suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat (1). » Celui qui, pressé par une mort imminente, ne pouvait tester ni devant les comices, ni devant l'armée, prenait le parti de transférer son patrimoine à un ami. C'était là une manière de procéder qui s'imposait au mourant. Il est très probable, que lorsqu'un citoyen se trouvait éloigné de sa maison pour un temps plus long, ses parents ou ses amis prenaient soin de la maison et en devenaient les tuteurs. La pensée devait venir naturellement au père de famille de prendre un arrangement analogue en prévision de sa mort. Au lieu d'abandonner au hasard le choix de la personne qui devait assumer la tutelle de la familia, il la désignait lui-même par un acte qui conférait au mandataire tous les pouvoirs qui lui étaient nécessaires. La mancipatio se prêtait à merveille à une pareille disposition. De bonne heure, paraît-il, les Romains avaient pris l'habitude de se servir du transfert mancipatoire pour conférer un mandat judiciaire à un tiers. La procédure des legis actiones n'admettaient pas la représentation en justice; lorsque pourtant il était nécessaire de conférer un mandat *ad litem*, on prenait le parti de transférer le patrimoine à un ami, lequel était alors habilité à plaider en son propre nom, dans l'intérêt du véritable propriétaire; on appelait cette opération : « in tutelam dare (2). » A cette époque le tuteur d'un impubère

1. Gaius, II, 102.

2. Puchta, Institut., II p. 46, note g. et III, p. 196.

ou d'une femme, plaidait *suo nomine* (1); la potestas qu'il exerçait sur ces incapables, et le droit éventuel qu'il avait à leur succession, lui permettait de se gérer en maître. Ce n'est qu'à l'époque de la procédure, formulaire que le tuteur commence à agir au nom du pupille ou de la femme soumise à son pouvoir (2).

Le *familia emptor* recevait donc la familia en sa tutelle; il en exerçait les actions, poursuivait les débiteurs, répondait à l'action des créanciers, et veillait en tout à la conservation de la maison. Il exécutait les volontés du défunt, en acquittant les legs et autres charges de la succession. Si quelque chose restait de l'actif, le *familia emptor* le gardait pour son compte; peut-être fallait-il pour en acquérir la propriété, accomplir le délai de l'usucapion.

Nous nous sommes placé jusqu'ici dans l'hypothèse d'un disposant mort sans enfants. Mais rien n'empêche d'admettre un testament *per aes et libram* en présence d'enfants impubères. Le *familia emptor* n'acquerrait pas la familia; il la prenait sous sa tutelle. Les enfants faisant partie de la familia, comme les biens, on peut comprendre que ce pouvoir de tutelle s'étendit aussi sur eux. Il y avait à cela de grands avantages. On évitait d'abord la tutelle des agnats; ensuite l'ami investi de la confiance du défunt, pouvait, à l'époque où les enfants seraient arrivés à la puberté, faire entre eux un partage des biens, tel que l'eût fait le père de famille lui-même, s'il avait pu instituer ses enfants. Si les enfants décédaient avant leur puberté, le *familia emptor* recueillait le patrimoine pour son compte, conformément au principe de l'ancien droit: « Quo tutela « redivit eo et hereditas pervenit (3). » Il faut cependant ajouter que le droit de l'emptor n'était pas précisément

1. L. 56, § 4, Dig., XLVII, 2.

2. Karlowa, *Der römische Civilproces*, p. 355; Bekker, *Die Aktionen des röm Privatrechts*, II, p. 114, note 21 Jhering, *Geist des röm Rechts*, II, p. 106, note 111.

3. L. 73; Dig., L. 17.

celui d'un héritier ; il ne succédait pas à ses pupilles. Il tenait ses droits plutôt du père défunt, moyennant la mancipatio qui lui avait été faite, et quant à ces droits, nous avons vu plus haut quelle était leur nature. En résumé, et en tenant compte de certaines différences fondamentales, il y avait là quelque chose qui ressemblait à la substitution pupillaire.

Tel devait être dans ses lignes générales le caractère du *familia emptor* si nous maintenons le mot *tutela* dans la formule du testament mancipatoire. Ce système offre de grands avantages : il jette un jour particulier sur la nature du testament *per aes et libram* et les attributions du *familia emptor* ; il sert à éclaircir le texte des XII Tables : « *Uti pater legassit persu pecunia tutelare rei meæ ita jus esto.* » En troisième lieu, il démontre l'existence à Rome d'une pratique que nous avons connue dans le droit grec ; le *familia emptor* paraît correspondre entièrement au *kyrios* ou *épitropos* des testaments athéniens de la dernière époque. Pour ces diverses raisons, la théorie que nous venons d'exposer s'imposerait d'elle-même, si la version du texte de Gaius, sur laquelle elle s'appuie, était bien établie. Mais ce point étant douteux, nous ne pouvons plus la présenter qu'à titre d'hypothèse.

En effaçant le mot *tutela* dans le texte de Gaius, nous sommes forcé de reprendre la version de Studemund, qui conserve le mot *mandatela* nécessité par la suite *custodelaque*. Par ce changement, le texte perd beaucoup en clarté et en précision, mais il ne gagne rien en échange. En effet, le mot *mandatela* est inusité dans les textes juridiques ; on le trouve une seule fois dans l'ouvrage d'un grammairien qui a vécu vers la fin de l'Empire. Il y a toute apparence que le mot est de formation récente ; quoi qu'il en soit de ce point, et bien qu'il soit difficile de définir ce terme juridiquement, il a toujours pour conséquence de nous

ramener à l'idée de représentation, exprimée par le mot *tutela*, mais sans le caractère déterminé et historique que lui donnait cette expression. La mancipation de la familia reste toujours un moyen de conférer un mandat après décès au familiae emptor, et celui-ci garde à peu près les mêmes attributions. Aussi, n'est-il pas besoin de beaucoup changer l'exposé fait plus haut, pour l'accommoder à la version de Studemund ; on n'a qu'à élaguer les considérations qui se rattachent à la potestas, que nous avons attribuée à l'emptor, et à son droit de tutelle sur les héritiers non impubères, qu'à écarter aussi l'hypothèse d'un testament per æs et libram fait en présence de sui heredes, pour avoir la théorie du familiae emptor chargé d'une simple mandattelle. La version de Studemund a donc pour effet de supprimer certains traits très intéressants de la figure de l'emptor, sans y ajouter rien de nouveau.

Nous pouvons maintenant continuer l'étude du familiae emptor, sans plus nous préoccuper de la véritable version du texte de Gaius, et compléter la physionomie de l'emptor par les indications qu'il nous reste encore à donner.

D'après l'exposé qui précède, on a bien compris pourquoi l'emptor n'était pas héritier, mais à la place de l'héritier, « heredis loco », comme dit Gaius. Cela se voit encore très bien dans la manière dont l'emptor est chargé des legs. Dans le testament calatis comitiis, le disposant commandait à l'héritier, il faisait presque une loi ; les legs étaient obligatoires. Il n'en est pas de même dans le testament per æs et libram. Ce testament est un acte purement privé, qui ne peut pas engendrer d'obligation. En effet, il ne saurait être question d'un pacte de fiducie joint à la mancipation ; un pareil pacte ne pouvait pas obliger l'emptor à restituer les biens à un tiers. La mancipatio ne pouvait pas non plus produire une obligation directe, comme le nexum. Dans ce dernier acte, c'est la partie qui recevait l'argent,

qui s'obligeait ; or, le *familiæ emptor* était censé payer l'argent, et non le recevoir. Le disposant du testament *mancipatoire* ne pouvant pas obliger l'*emptor* à exécuter les legs, en était réduit à les confier à sa bonne foi : « *fidei ejus commissum* (1) » ; il l'en priait : « *cum rogabat* (2) ». Ce n'est pas à dire que les legs du testament *per æ et libram* n'aient été exécutés aussi strictement que les legs établis par un testament *calatis comitiis*. Les rapports entre amis étaient réglés par un code de lois morales, (*officium* ou *boni mores*) qui était respecté presque autant que la loi religieuse (*fas*). La foi dans la piété de l'ami était si grande, qu'à une époque de beaucoup plus récente, vers la fin de la République, nous voyons le testateur user du même moyen pour établir des fidéicommiss. Il ne faut pas oublier qu'il s'agissait de volonté d'un mort, chose très sacrée à Rome.

Le *familiæ emptor* n'était pas non plus tenu directement des dettes. Entre lui et le défunt il n'y avait pas de rapport personnel comme il en existait entre le défunt et l'héritier d'un testament *calatis comitiis*. C'est le patrimoine seul qui restait grevé du passif. Nous avons vu plus haut que le débiteur répondait de la dette non seulement par sa personne, mais aussi par tout ce qui en dépendait, par la *familiæ* tout entière. Aussi les créanciers pouvaient-ils, après la mort de leur débiteur, exécuter leur créance sur son patrimoine. Le *familiæ emptor* avait l'alternative ou d'abandonner les biens entre les mains des créanciers, ou, en les gardant, de répondre personnellement de la dette.

Tel était le caractère du *familiæ emptor* établi par le testament *per æs et libram primitif*.

Nous pouvons nous demander maintenant à quelle époque ce testament a pris naissance. L'exposé, que nous avons fait

1. Aulu-Gelle, V, 49.

2. Gaius, II, 102.

au début de ce chapitre, de l'ancien droit plébéen, nous a déjà montré que le testament Mancipatoire devait être antérieur à la loi des XII Tables, qui a eu pour but, en partie, de consacrer le droit plébéen préexistant. M. Kuntze est un avis opposé. Selon cet auteur, l'application de la Mancipation à la matière du testament est due à l'initiative des pontifes, postérieurement au Code des Décemvirs. Les pontifes auraient aussi inventé la notion de la succession universelle. En effet, suivant Kuntze, la loi des XII Tables : « *Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ*, » etc., se rapportait au testament *calatis comitiis*, et ne visait que les legs et les tutelles ; *legare* signifierait simplement *léguer*, et *pecunia* ne comprendrait que les *res nec mancipi*, les seules choses dont le testateur eût pu disposer à cette époque. La loi du XII Tables n'aurait donc connu que les dispositions à titre singulier. Plus tard, les pontifes, pour remédier à la disparition des *sacra* auraient tiré de la loi : « *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* », le moyen d'établir un héritier par voie de Mancipation, et ils auraient élaboré à cette occasion la notion de la succession universelle (1).

La théorie de M. Kuntze nous paraît très douteuse. Nous avons vu dans le chapitre précédent que le testament *calatis comitiis* opérait dès le début une succession universelle, à l'exemple de la succession des *sui heredes*. Le testament *calatis comitiis*, avec toute sa solennité et ses formalités exceptionnelles, devient tout à fait incompréhensible, s'il ne devait avoir pour objet que l'aliénation des *res nec mancipi*, et des dispositions à titre singulier. Du reste, la loi des XII Tables parle non seulement de *pecunia*, mais aussi de *res sua*, c'est-à-dire de toute la *familia* du testateur. C'est là l'objet principal du testament. Or, sans nul doute, la *amilia* était dès l'origine, une universalité de droits,

1. Kuntze, *Quærens de Institut.*, § 847 ; Excuse, 2^e édit., p. 459 et 462,

un reflet fidèle de la personnalité humaine. Quant au mot *legare*, nous avons vu qu'on l'a toujours appliqué aussi bien à l'institution d'héritier qu'aux legs ; il exprimait d'une manière générale toute disposition pour cause de mort.

La loi des XII Tables ne pouvait pas avoir pour objet de consacrer un testament admis de longue date par les traditions anciennes et sacrées. Ce testament faisait partie du droit sacral, et il n'avait aucun besoin de la confirmation du droit civil. On comprend, au contraire très bien, que la loi civile proclamée par les Décemvirs ait validé un testament nouveau, pratiqué jusque-là par les plébéiens seulement, en dehors des formes usitées par les patriciens, dépourvu par conséquent de toute valeur légale. Ce testament, par opposition à l'ancien, était l'expression de la seule volonté individuelle, affranchie du contrôle des pontifes et de l'assemblée populaire. Lorsque les décemvirs eurent fait entrer les coutumes plébéiennes dans le droit commun romain, on comprend très bien que la nouvelle loi ait validé aussi le testament *per æs et libram*. C'était là un grand progrès sur le passé. Le testament romain devient privé et purement civil, de public et sacral qu'il avait été jusque-là. C'est ainsi qu'on est arrivé à consacrer la liberté testamentaire complète, comme l'indiquent les termes mêmes de la loi.

Le nouveau testament, purement civil, a dû entrer assez vite dans la pratique des patriciens. Les avantages étaient considérables ; ils permettaient aux pères de famille de tester tout à fait librement et en tout temps. Quand on sait quelle frayeur les Romains éprouvaient devant tout acte de fâcheux augure, surtout devant les préparatifs de la mort, on comprend très bien qu'ils aient préféré tester à la dernière extrémité, au dernier moment même de leur vie. Cependant le testament *per æs et libram* présentait aussi de grands inconvénients ; la matière des

sacra lui était étrangère, il ne pouvait en assurer la transmission. Quant aux recommandations que le testateur faisait à cet égard à l'emptor, elles n'avaient aucune force obligatoire; l'emptor pouvait les oublier. Le danger était grand, les sacra pouvaient périr. Les pontifes s'empressèrent alors de remédier à ce danger. Ils décidèrent que les sacra suivraient désormais la transmission du patrimoine. Puisque la familia était une partie intégrante de la personne et en quelque sorte sa représentation, l'obligation des sacra pouvait peser sur elle, comme elle avait pesé sur le défunt; et puisque le principe des sacra était d'être perpétuels, rien ne s'opposait à ce qu'ils suivissent la familia entre les mains de toute personne qui s'en emparerait. La même règle avait été admise pour l'usucapion d'hérédité; elle pouvait à plus forte raison s'appliquer à l'occupation du patrimoine autorisée par le défunt. Les pontifes n'hésitèrent pas dès lors de proclamer le principe : *Sacra cum pecunia*. « Nam sacra cum pecunia, dit Cicéron, Pontificum » auctoritate nulla lege, conjuncta sunt (1). » Et encore : « Videtis igitur omnia pendere ab uno illo quod Pontifices » pecuniam sacris conjungi volunt (2). » La loi des XII Tables elle-même offrait le moyen d'opérer ce résultat. En interprétant largement la loi : « Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jusesto », les pontifes permirent au testateur d'imposer à l'emptor l'obligation de continuer ses sacra. La volonté du défunt devint l'équivalent de l'initiation religieuse; elle suffisait à elle seule pour opérer le résultat qui nécessitait autrefois le concours des pontifes et de l'assemblée populaire. Mais si cette volonté suffisait pour imposer au familiæ emptor l'obligation aux sacra, elle devait suffire aussi pour lui

1. Cicéron, *De leg.*, III, 24.

2. Cicéron, II, 22.

imposer les autres charges d'une succession. Les legs devinrent alors également obligatoires.

C'est ainsi que la volonté exprimée à l'occasion de la *mancipatio familiæ* acquit toute l'autorité qu'avait autrefois la volonté exprimée devant les *calata comitia*. Elle opérait la transmission des *sacra* et l'obligation aux legs. Elle eut aussi pour effet d'instituer un héritier. En effet, la *familiæ emptor*, continuateur des *sacra* et grevé des legs, qu'est-ce autre chose que l'héritier institué par le testament *calatis comitiis* ? Il en avait toutes les attributions et toutes les obligations. On peut donc dire que désormais le *familiæ emptor* est véritablement *heres*, dans l'ancien sens du mot ; il devient le successeur personnel du défunt, chargé de ses obligations envers les dieux et les hommes. Le testament *per æs et libram* devint de la sorte le plein équivalent du testament *calatis comitiis*. Ce testament devenu inutile, fut abandonné, et disparut définitivement de la pratique romaine.

C'est la *nuncupatio* qui avait opéré ce résultat ; naturellement elle dut avoir désormais plus d'importance que la *mancipatio*. La *mancipatio*, qui avait été autrefois le fondement du testament *per æs et libram*, n'en est plus désormais qu'une partie accessoire ; elle sert de prétexte, de moyen pour arriver au but, la *nuncupatio*.

Un dernier pas restait à faire. La *nuncupatio* était une déclaration orale, faite en public ; le *familiæ emptor*, comme les légataires, étaient avertis des dispositions qui les concernaient, et l'on pouvait redouter, comme l'affirme Théophile (1), que ces personnes, tentées par l'appât du gain, ne tendissent des pièges au testateur. Le moyen d'y remédier fut facile à trouver. A l'époque où nous plaçons, c'est-à-dire vers la fin du quatrième siècle de la ville ou au commencement du cinquième, l'écriture

1. Théophile, *Paraphrase des Instil.*, L. II, 10, § 1.

devait être d'un usage assez général à Rome. Les Romains, à peu près maîtres de l'Italie, commençaient à cette époque à guerroyer contre Pyrrhus et contre les Carthaginois ; les relations avec l'étranger devenaient plus fréquentes. Les citoyens, instruits par l'exemple des Grecs de Campanie et de Sicile, avaient commencé à prendre l'habitude des registres commerciaux ou domestiques. Il était naturel qu'ils s'habituaient aussi à écrire leurs dernières volontés. Le testament per æs et libram prit dès lors la forme suivante : après la mancipation de la famille faite à l'emtor, le disposant rédigeait par écrit ses dernières volontés, et cachetant cet acte devant témoins, il prononçait les paroles suivantes : « *Hæc ita ut in tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perbibetote* (1). » L'écrit contenant les legs, ne devait être ouvert qu'après la mort du testateur. Le disposant était donc garanti à l'égard des légataires.

Restait le *familiæ emptor*, acquéreur de la *familia*, qui était averti de son droit et pouvait, malgré son amitié pour le testateur, lui devenir dangereux par la suite. Il est vrai que les testateurs avaient pris l'habitude de multiplier les legs, nous ne savons pas au juste à partir de quelle époque, et de ne laisser à l'emtor que le nom seul d'héritier. « *Olim dicebat, dit Gaius, totum patrimonium legatis atque libertatibus rogare nec quicquam heredi relinquere præterquam inave nomen heredis* (2). » Le *familiæ emptor* devait alors s'attendre à recueillir une infime partie de la succession ; mais encore est-il, qu'avant l'ouverture du testament, l'emtor ne pouvait pas savoir si la part qui lui revenait était plus ou moins considérable. Aussi fallait-il rendre le nom de l'héritier, secret comme celui des légataires. Rien n'était plus facile. Puisque désormais c'est la

1. Gaius, II, 104.

2. Gaius, II, 224.

nuncupatio qui créait l'héritier, la mancipatio n'étant plus qu'un prétexte pour y arriver, on n'avait qu'à inscrire dans l'acte le nom d'un héritier autre que le familiæ emptor, lequel ne devait plus servir qu'à l'accomplissement purement formel du rite mancipatoire. L'héritier était dès lors institué par l'écrit, et le familiæ emptor devenait un simple comparse de la solennité exigée par la loi. Dorénavant le testament véritable n'est plus la familiæ emancipatio, comme à l'époque des XII Tables, mais la nuncupatio qui la suit et qu'elle sert à préparer.

Ce changement dans le mode de nomination de l'héritier entraîna aussi une modification dans les rapports entre l'héritier institué et la succession. Jusque-là, le familiæ emptor, comme l'héritier du testament calatis comitiis étaient appelés à donner leur consentement au moment même de la confection du testament; les droits qui en résultaient leur appartenaient *hinc et nunc*, sans qu'il fût besoin d'une confirmation ultérieure. L'héritier institué par le nouveau testament per æs et libram, au contraire, n'était pas présent à l'institution et l'ignorait. Son consentement était requis après la mort du disposant, au moment de l'ouverture du testament. C'est alors qu'il devait dire s'il entendait accepter ou répudier la succession. En cas d'acceptation, il prenait possession de l'héritage, et c'est cette sorte d'ensaisinement qui établissait ces droits aux yeux de tous. En d'autres termes, l'héritier institué devait désormais faire *adition d'hérédité*, comme les héritiers *ab intestat*.

Le nouveau testament per æs et libram eut encore un autre résultat très important : le père de famille pouvait désormais tester en présence de sui, et les instituer héritiers par testament. En effet, les sui n'auraient pas pu être familiæ emptores; la mancipatio était impossible entre le père de famille et les personnes en sa puissance. Mais la mancipatio n'étant plus qu'une simple formalité, rien n'em-

péchait le père d'instituer ses enfants par la *mancipatio*, comme il avait pu le faire par un testament *calatis comitiis*. L'institution des enfants lui permettait de nommer des tuteurs et de faire des legs, sans léser les intérêts des siens. A l'inverse, l'omission d'un suus équivalait à une exhérédation.

La théorie que nous venons d'exposer trouve sa confirmation dans un texte très important de Cicéron, que nous allons analyser. Nous avons soutenu que le nouveau testament *per æs et libram* puisait son origine dans le texte de la loi des XII Tables : « *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupasset ita jus esto.* » lequel, largement interprété par les pontifes, avait permis l'assimilation du testament *mancipatoire* à l'ancien testament *calatis comitiis*. Cette manière de voir est corroborée par Cicéron. Cet auteur raconte à deux reprises, dans son livre *de Oratore*, l'histoire d'un soldat, qui avait été institué héritier par son père, alors qu'il se trouvait devant l'ennemi. Le père, ayant appris la mort de son fils, fit un second testament par lequel il institua un autre héritier, et mourut aussitôt ; le fils revenant de la guerre, se trouva dépouillé de l'héritage. Cicéron examine comment il faut plaider cette affaire. « Si l'on a à défendre, dit-il, les intérêts de l'héritier institué, il faut parler de la sainteté du testament et placer cette considération au-dessus de toute autre. Si, au contraire, on plaide pour le soldat, il faut chercher à émouvoir le tribunal, figurer le père ressuscité venant embrasser son fils, implorant les juges de manière à faire pleurer des pierres, et tout cela, ajoute-t-il, uniquement pour que le nouveau testament parût n'avoir aucune valeur : « *Uti* « *lingua nuncupasset non in XII Tabulis, quas tu omnibus* « *bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scrip-* « *tum videretur* (1). » Il s'agit pour l'avocat du soldat d'annihiler la *nuncupatio* faite par le testateur ; il faut pour cela

1. Cic., *De Oratore.*, I, 38 et 57.

ou que le testateur n'eût pas prononcé les paroles de l'institution, ou que le texte de loi qui les valide fût considéré comme n'existant pas dans les XII Tables. Or ce texte des XII Tables qui valide l'institution d'héritier, ce n'est pas comme on aurait pu le croire, la loi : « Uti pater legassit » super pecunia tutelave rei suæ », mais au contraire, dit Cicéron, l'autre loi : « Cum nexum faciet mancipiumve, uti » lingua nuncupassit, ita jus esto. » Cette démonstration de Cicéron met notre doctrine à l'abri de toute contestation.

On comprend maintenant très bien la formule du testament per æs et libram, donnée par Gaius : « Familiam » pecuniamque tuam endo mandatela (ou *tutela*) et ut qui- » dam adiciunt, custodelaque mea esse aio, eaque, *quo tu* » *jure testamentum facere possis*, hoc ære æneaque libra » esto mihi empta. » Cette formule ne s'appliquait pas au testament per æs et libram primitif, que Gaius ne connaissait plus, mais au testament mancipatoire qui était encore en usage de son temps. Le contexte général de la formule est celui de l'ancien testament ; mais la partie que nous avons soulignée, a été ajoutée par le nouveau. On y voit clairement que la mancipatio n'est plus qu'une simple formalité, un prétexte pour permettre au disposant de faire un testament par la mancipatio. « Quo tu jure » ne veut pas dire : afin que tu puisses faire un testament *valable*, mais : en vertu *duquel droit* tu puisses faire ton testament. La formule traduite en français est celle-ci : « Je déclare ta famille et ton bien être sous ma garde, achetés par ce bronze et par la balance, et cela afin que tu puisses faire ton testament. » Gaius ajoute lui-même que la solennité de la mancipatio et le familiæ emptor n'étaient plus là qu'en souvenir de l'ancien droit : « Nunc vero alius heres » testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, » alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiæ » emptor adhibetur (1). »

1. Gaius, II, 103.

La mancipation n'étant plus qu'une formalité, et le *familiæ emptor* étant à peu près un témoin comme le *libripens* et les autres cinq assistants, le prêteur arriva facilement à en dispenser les testateurs. Il décida qu'un testament écrit et cacheté, présenté à sept témoins qui y apposeraient leurs signatures et leur cachet, serait valable devant son tribunal. Un pareil testament, non reconnu par le droit civil, ne pouvait conférer que la *bonorum possessio*. Mais en fait, surtout si la *bonorum possessio* était *cum re*, le testament prétorien avait à peu près les mêmes effets que le testament civil.

L'innovation prétorienne ne resta pas sans influence sur le droit civil. La loi admit comme valable, en cas de grande urgence, une simple déclaration orale faite par le mourant devant sept témoins. Cette disposition in extremis s'appelait le *testament unciupatîf* dont l'usage ne fut pas du reste très fréquent.

Le testament *per æs et libram* resta le testament civil des Romains pendant toute la période classique, jusqu'aux derniers temps de l'empire d'Occident. A côté, et dans le domaine de l'équité, se maintenait le testament prétorien. En 439 après Jésus-Christ, les empereurs Théodose le Jeune et Valentinien III réunirent ces deux testaments dans un seul, en y ajoutant certaines conditions nouvelles. La triple origine ce testament lui fit donner le nom de *testamentum tripertitum*. Ce testament devait être fait *uno contextu* et devant témoins, comme le testament *per æs et libram*; les témoins étaient au nombre de sept, et ils devaient apposer leur cachet sur l'acte, comme dans le testament prétorien; le testateur et les témoins étaient obligés d'apposer leurs signatures au bas de l'acte (*suscriptio*), par suite de la nouvelle constitution impériale. C'est sous cette dernière forme que le testament romain fut transmis aux autres peuples et servit de modèle à toutes les législations.

BIBLIOGRAPHIE

THOMASIIUS. — *Opera*. Hallæ, 1705. Dissertatio LXIII: *De origine successionis testamentariæ apud Romanos*. — Dissert. LXVIII: *Primo initia successionis testamentariæ apud Romanos*. — Diss. LXXI: *De sensu legis decemviris testamentariæ*.

TREKELL. — *De origine et progressu testamentificationis*. Lipsiæ, 1739.

HEINECCIUS. — *Opera omnia*. Geneviæ, 1771. Exercitatio XII: *De origine testamentificationis et ritu testandi antiquo*.

HEINECCIUS. — *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma*. Edit. Haubold.

DERNBURG. — *Beiträge zur Geschichte des römischen Testaments*. Bonn, 1824.

GANS. — *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Berlin, 1824.

HUSCHKE. — *Ueber die Rechtsregel: « Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest »*, dans *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. VI, 1834.

BACHOFEN. — *Geschichte und letzte Gestalt des Mancipations testaments*, dans *Ausgewählte Lehren des römischen Rechts*. Bonn, 1848.

LANGE. — *Römische Alterthümer*. Berlin, 1856.

VERING. — *Römisches Erbrecht*. Heidelberg, 1861.

F. LASSALLE. — *System der erworbenen Rechte*. Leipzig, 1861. Le second volume porte le sous-titre : *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung*.

KÖPPEN. — *System des heutigen römischen Erbrechts*. Iéna, 1862.

KUNTZE. — *Institutionen und Geschichte des römischen Rechts* (Cursus und Excursus). Leipzig, 1869.

H. SUMNER MAINE. — *L'Ancien Droit*, traduit par M. Courcelle-Seneuil. Paris, 1874.

HÖLDER. — *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*. Erlangen, 1881.

HÖLDER. — *Das « testamentum per æs et libram »* dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I, 1880.

SCHIRMER. — *Das Familien-Vermögen und die Entwicklung des Notherbrechts bei den Römern*, dans *Zeitschr. f. Rechtsg.*, t. III, 1882.

SALKOWSKI. — *Zu Gaius*, II, 104, dans *Zeitschr. f. Rechtsg.*, t. III, 1883.

SCHULIN. — *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*. Basel, 1882.

VOIGT. — *Die XII Tafeln*. Leipzig, 1886.

ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain*, 4^e édition, Paris, 1886.

CUQ. — *Recherches historiques sur le testament « per æs et libram »*, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, Nov.-Déc. 1886.

DROIT FRANÇAIS

DROIT FRANÇAIS

DES

DROITS DE L'ÉTAT

EN MATIÈRE DE SUCCESSION

Honesta lex est temporum necessitas.

(Publii Syri Sent., n° 325.)

INTRODUCTION

L'Etat exerce aujourd'hui, en matière de succession deux sortes de droits bien définis :

1^o En vertu de l'article 768 du Code civil, il recueille les successions tombées en déshérence, faute d'héritier testamentaire ou ab intestat :

2^o Par suite de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, il perçoit, sur tous les héritages sans distinction, un impôt proportionnel dit *de mutation par décès*, dont la quotité varie suivant la qualité de l'héritier.

Ces droits paraissent de nature entièrement diffé-

rente; ils semblent, en outre, n'avoir rien de commun avec le principe même de la succession.

Voyons ce qu'il en est en réalité.

I. — L'appropriation par l'Etat des successions en déshérence est considérée généralement comme une conséquence du principe qui attribue au domaine public les biens vacants et sans maître; il n'y aurait là qu'une application de la règle générale établie par l'article 712 du Code civil, ainsi conçu: « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat (1) ».

Cette explication n'est, il faut le reconnaître, qu'une subtilité de légiste, un artifice de droit qui dissimule plutôt qu'il n'énonce la vérité. En réalité, si les successions, dont il s'agit, sont vacantes et sans maître, c'est qu'elles le sont devenues par le fait de l'Etat. Lorsqu'en 1789 l'Etat s'est emparé des biens de l'Eglise, on disait aussi que ces biens étaient des *res nullius*; mais au préalable il s'était produit un acte d'autorité, dont les effets se font encore ressentir de nos jours: l'Etat avait destitué l'Eglise du droit de posséder. C'est par un acte d'autorité analogue que certaines

1. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XIII, p. 231 et t. XIV, p. 259; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, L. VI, p. § 606; Glasson, *Eléments de droit français*, t. I, p. 499; Baudrillart, *Les rapports de la morale et de l'Economie politique*, p. 419.

successions sont déférées à l'Etat, les parents éloignés qui auraient pu les recueillir ayant été dépossédés de leur droit de succession. L'article 755 du Code civil porte en effet que « les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas ». C'est donc en sacrifiant le droit des parents au delà du douzième degré que l'Etat parvient à recueillir les héritages dont il s'agit.

Nous ajouterons qu'il les recueille à titre d'héritier. On devrait dire : à titre de successeur irrégulier. C'est ainsi que la loi désigne la classe d'héritiers qui comprend les enfants naturels, le conjoint survivant et en dernier lieu l'Etat. Mais notre intention n'est pas de pénétrer dans le détail de la loi successorale, et il nous sera permis d'employer le mot héritier dans son acception générale et usuelle.

L'Etat recueille donc les biens dont parle l'article 768, à titre d'héritier et non comme simple occupant. Il les prend, en effet, non pas tels quels, sans coordination et sans lien de droit, mais comme formant un patrimoine composé d'un actif et d'un passif; la preuve en est que le passif doit être acquitté par l'Etat. Voici comment s'exprimait à ce sujet le tribun Siméon dans son Exposé des motifs de la loi des successions au Corps législatif : « A défaut d'héritiers légitimes (on appelle ainsi ceux que les lois désignent

pour recueillir *de plein droit* les successions) le Code les accorde à un autre ordre de personnes ; d'abord aux enfants naturels, s'il y en a, sinon à l'époux survivant, enfin à l'État. Mais attendu qu'ils ne sont pas des héritiers légitimes proprement dits, ils ne sauraient être saisis de plein droit : ils doivent recourir à la justice et se faire envoyer en possession (1).

On serait tenté de croire que l'État a été appelé à succéder à défaut de parents au douzième degré, parce que dans la pensée de la loi, il était peu probable qu'il dût se rencontrer des parents plus éloignés. Cette conjecture ne serait pas fondée. « On a agité, dit Maleville, l'un des rédacteurs du Code, la question de savoir si la République devait succéder, lorsqu'il y avait des parents, mais qu'ils n'étaient pas au degré successible. Il me semble que l'affirmative ne peut pas souffrir de difficulté. L'article 767 veut, que lorsqu'il n'y a pas de parents du degré successible, le conjoint survivant prenne les biens ; l'article 768, qu'à défaut de conjoint, ce soit la République ; donc celle-ci, comme le conjoint survivant, exclut les parents au delà du douzième degré, et, en effet, on a toujours tenu dans la discussion

1. Loqué, *Legislat. civ. commerc. et crim. de la France*, t. X, p. 282.

que, par delà, il n'y avait plus de lien d'affection (1).»

L'État n'a jamais envisagé autrement le droit dont il s'agit, et, dans la pratique, il s'est toujours comporté comme un successeur ordinaire. C'est ainsi qu'une décision du ministre de la Justice et des Finances, en date du 8 juillet 1806, complétée par les instructions générales de la Régie, du Domaine et de l'Enregistrement (n° 300), a admis que l'administration ne devait pas s'abstenir de demander l'envoi en possession des biens héréditaires, condition imposée aux successeurs irréguliers. Cette prescription a été renouvelée par une décision ministérielle du 13 août 1832, suivie de nouvelles instructions générales de la Régie (n° 1407).

La jurisprudence est allée plus loin : elle admet que l'administration du Domaine peut demander l'envoi en possession *provisoire* des biens d'un *absent*, lorsqu'il n'existe ni héritier présomptif, ni un successeur d'un ordre plus rapproché (Cour de Rouen, 7 décembre 1840; cour de Colmar, 18 janvier 1850).

Il reste donc établi qu'en ce qui concerne le cas de l'article 768 l'État exerce un véritable droit de succession.

Ce droit a fourni au Domaine, en 1886, la somme de : 1.490.000 francs (2).

1. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'Etat*, t. II, p. 248.

2. M. Block, *Annuaire d'Econ. polit. et de statistique*, 1886.

II. — Les droits de mutation par décès, établis par la loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 1^{er}, 3°; § III, 4°; § IV, 2°; § VI, 3°; § VIII, 2°), ont été fixés dans les proportions suivantes :

	Meubles	Immeubles
En ligne directe.	0 25 0/0	1 » 0/0
Entre époux.	0 625	2 50
Entre collatéraux et non parents (hérit. testam.).	1 25	5 »

Comme ce tableau l'indique, les droits étaient plus élevés pour les immeubles que pour les meubles; les rentes sur l'État étaient exemptées de tout droit.

Ce tarif fut augmenté par la loi du 28 avril 1816, (art. 53) :

	Meubles	Immeubles
En ligne directe.	0 25 0/0	1 » 0/0
Entre époux.	0 50	3 »
En ligne collatérale.	2 50	5 »
Entre non parents	3 50	7 »

La loi du 29 avril 1832 (art. 33) apporta de nouveaux changements :

	Meubles	Immeubles
En ligne directe.	0 25 0/0	1 » 0/0
Entre époux.	0 50	3 »
Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces.	3 »	6 50
Grands-oncles, grand'tantes; pe- tits-neveux et petites-nièces, cousins germains	4 »	7 »
Collatéraux au delà du 4 ^e degré.	5 »	8 »
Non parents.	6 »	»

La loi du 28 mai 1850 (art. 7 et 10) assimila les meubles aux immeubles, en leur appliquant le taux établi sur ces derniers. Elle soumit aussi à l'impôt les rentes sur l'Etat, de même que les fonds publics, les actions des compagnies ou sociétés d'industrie et de finances étrangères, dépendant d'une succession régie par la loi française.

Finalement, la loi du 23 août 1871 (art. 3 et 4) soumit aux droits de mutation les créances, parts d'intérêts, obligations des villes et établissements publics et généralement toutes les valeurs mobilières étrangères, dépendant d'une succession régie par la loi française, ainsi que toutes les valeurs dépendant de la succession d'un étranger domicilié en France, avec ou sans autorisation.

Le taux actuel des droits de mutation par décès est donc celui des immeubles d'après la loi de 1832, plus les deux décimes et demi établis par les lois des 6 prairial an VII, 8 juin 1864 et 23 août 1871. Cela fait :

	Au principal	Les décimes	Total
Ligne directe	4 » 0/0	0 25 0/0	4 25 0/0
Entre époux	3 »	0 75	3 75
Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces . .	6 50	1 625	8 125
Grands-oncles, grand'tantes ; petits-neveux, petites-nièces, cousins germains . .	7 »	1 75	8 75

Collatéraux au delà du 4 ^e			
degré.	8 »	2 »	10 »
Non parents	9 »	2 25	11 25

Ces différentes augmentations des droits de mutation par décès prouvent que cet impôt est un de ceux auxquels le fisc en embarras a le plus volontiers recours. En effet, bien que relativement très élevé, il est facilement supporté par le contribuable, qui l'acquitte à l'occasion d'un enrichissement gratuit, d'un don de fortune qui le prédispose à tous les accommodements avec l'Etat. L'impôt de mutation présente encore le double avantage d'être aussi élastique dans l'application que fructueux comme rendement. Le *Bulletin de statistique* du Ministère des finances constate que le produit des droits de mutation par décès s'est élevé dans l'année 1887 à la somme de 178.543.500 francs (1).

Si nous examinons maintenant l'impôt des successions en nous plaçant au point de vue théorique, nous y trouverons plus d'une anomalie et plus d'une surprise.

Cet impôt est classé parmi les contributions indirectes, et se trouve rattaché au grand service de l'Enregistre-

1. *Bulletin de Statistique et de Législat. comparée*, janvier 1888, t. XXIII.

ment. L'administration le considère comme un impôt indirect perçu non pas immédiatement sur la possession de la richesse, mais à l'occasion d'un fait, d'un acte qui est une transmission dans notre espèce.

En réalité, l'impôt de mutation se rapproche plutôt des impôts directs, parce que, suivant la définition scientifique de ces impôts, il atteint immédiatement et sans intermédiaire les facultés du contribuable, et qu'il est rigoureusement proportionnel à la valeur des biens frappés. Mais ce n'est pas non plus un impôt direct ordinaire ; la quotité du droit de mutation se proportionne non seulement au chiffre des biens atteints, mais aussi à la qualité personnelle des héritiers qui les recueillent. Le droit est plus ou moins élevé suivant que l'héritier est parent plus ou moins éloigné du défunt. La matière des droits de mutation, s'inspire de considérations civiles et morales, qui dépassent le cadre des lois financières, de telle sorte qu'elle semble constituer tout autant un appendice à la loi des successions qu'un chapitre de la législation fiscale.

Mais l'impôt de mutation présente encore une autre anomalie, qui le distingue de tous les impôts en général et en fait une institution tout à fait à part.

La nature de l'impôt est d'être prélevé sur le revenu des contribuables pour constituer le revenu total

de l'Etat. En effet, les dépenses de l'Etat, qui ne sont que les frais généraux de la société, ne peuvent être alimentés que par la partie de la fortune nationale qui se renouvelle annuellement et qui peut être dépensée sans tarir la source des revenus futurs. Parmi les quatre règles fondamentales établies par Adam Smith, comme étant la condition *sine qua non* de tout impôt, la principale est celle qui exige « que les citoyens contribuent à l'entretien du Gouvernement, autant que possible, en proportion de leurs facultés, c'est-à-dire en proportion du revenu dont ils jouissent sous la protection de l'Etat (1). En dehors de cette règle, l'impôt n'est plus une contribution, mais une confiscation. Or, le droit de mutation par décès y déroge directement ; il n'est pas prélevé sur le revenu, mais bien sur le capital. Qu'on ne se méprenne pas sur cette observation ; il est souvent question dans les discussions sur le régime fiscal d'un impôt sur le revenu et d'un impôt sur le capital. Dans les deux systèmes, il s'agit uniquement d'une question d'assiette ; les uns préfèrent que la quotité de l'impôt soit fixée d'après le chiffre du revenu présumé ou avoué du contribuable, tandis que d'autres voudraient qu'elle fût cal-

1. Adam Smith, *Richesse des Nations*, livre V, ch. II, sect. 2.,

culée sur le montant du capital visible et tangible. Mais dans les deux cas, l'impôt ne sera qu'une fraction du revenu. Le droit de mutation, au contraire, constitue une fraction du capital.

Examinons comment les choses se passent dans la pratique. Toutes les fois qu'une succession est ouverte, et que les héritiers s'apprêtent à la partager, on voit survenir un cohéritier imprévu qui demande à participer au partage. La part qu'il réclame n'est pas toujours bien élevée; encore, dans certains cas, est-elle de plus d'un dixième. Cet héritier ne peut être évincé; il est garanti contre les velléités testamentaires du défunt, par une contrainte légale qui équivaut à une réserve légitime : il est héritier réservataire. Cet héritier universel, c'est l'Etat. Il se présente, il est vrai, sous des dehors qui peuvent tromper : il ne demande qu'une redevance, une somme d'argent; il ne veut pas partager en nature; ce qui du reste ne l'accommoderait aucunement. Il n'est pas héritier, mais simplement créancier. Mais c'est ce titre qui trompe. Notre créancier force souvent le débiteur à payer à l'avance le revenu de plusieurs années, ou à vendre l'héritage pour pouvoir s'acquitter sur le fisc; quelquefois aussi il vend lui-même les biens héréditaires, sur lesquels il possède un droit immédiat, et réalise sa part par-dessus la tête de l'hé-

ritier (1). Quelle que soit la qualité juridique que l'on veuille attribuer au fisc, en fait et au point de vue économique, il partage avec les particuliers *la valeur* des successions. Il se comporte, à cet égard comme un héritier ou un légataire ordinaire. On pourrait nous objecter qu'il ne supporte pas les dettes de la succession. Cela est vrai, mais en France seulement. Dans le reste de l'Europe, en Angleterre, en Prusse, en Autriche, en Russie, en Italie, en Belgique, en Hollande, etc., partout où existe un impôt de succession, l'Etat ne le perçoit qu'après déduction des dettes. La France est restée seule à garder une disposition inique et injustifiable, due à une méprise du législateur. Ajoutons que cette anomalie du reste est destinée à disparaître bientôt de nos lois. A diverses reprises, des propositions ont été présentées dans ce sens à la Chambre des députés et, dans le courant de cette année même, la Commission du budget s'est montrée favorable à une telle modification de la loi.

Ainsi plaçons-nous en dehors de toutes considérations théoriques ; n'envisageons que les faits il nous apparaît comme évident que l'État, en percevant l'impôt de mutations par décès, exerce un droit de succession.

1. « Le droit de mutation a le caractère d'une dette de la succession ; inhérente à tous les biens qui la composent » Cassation, 2 juin 1869 (Sirey, 1869, I, 326.)

Nous nous apercevons alors que les deux attributions différentes qui ont été conférées à l'État en matière de succession, et que nous avons vues si dissemblables au début de cette introduction, ne constituent, en réalité, que les deux applications d'un seul et même principe, qui pour avoir été obscurément entrevu par le législateur, n'en existe pas moins au fond des dispositions qu'il a édictées. Dans l'une de ces dispositions, l'État est appelé à hériter sans partage, dans l'autre il arrive en concours avec les héritiers ordinaires.

Voilà le fait qui se dégage de l'examen de la loi.

Ce fait peut-il être converti en principe?

Le droit de l'État en matière de succession peut-il prendre la qualification d'hérédité de l'État?

Ce serait une innovation de la plus haute portée sociale et économique, dont les conséquences pourraient être très fécondes, comme elles pourraient être aussi très graves.

Est-elle admissible?

Peut-on la justifier au triple point de vue du Droit de la Morale et de l'Economie politique?

C'est ce que nous nous proposons d'examiner et d'établir dans la suite de ce travail.

CHAPITRE PREMIER

RESTRICTION DE LA SUCCESSION COLLATÉRALE

Le principe de l'hérédité sociale prévaut dans le Code civil à l'encontre des parents d'un ordre éloigné. Le législateur a pensé qu'au delà du douzième degré, les liens de famille étaient assez affaiblis pour qu'on pût les sacrifier au droit de l'Etat.

Il est permis de croire qu'on peut aller aujourd'hui plus loin dans cette voie. Il est évident que la loi a trop étendu les limites de la famille, et qu'elle a dépassé à cet égard la réalité. C'était déjà l'avis d'un rédacteur du Code. « La famille du défunt, disait Maleville, est composée de ses proches, et non de parents au *dirième* degré, qu'il ne connaissait peut-être pas, et auxquels il n'aurait eu garde de destiner ses biens (1). » De notre temps, l'exagération du Code paraît encore plus évidente. Est-il possible de soutenir sérieusement que le cercle de la famille, telle qu'elle est arrivée à se constituer de nos jours sous l'influence des circonstances et des mœurs nouvelles, s'étende au delà de la ligne directe

1. Maleville, *Analyse, etc.*, t. II, p. 184.

et des collatéraux rapprochés, jusqu'au degré des cousins germains ?

Autrefois, la famille patriarcale ou féodale réunissait par une solidarité étroite tous ceux qui étaient issu d'un ancêtre commun ; l'orgueil du nom, l'amour de la race, animaient également les membres les plus éloignés de la souche commune. La plupart du temps, ils vivaient réunis autour du même foyer, ou derrière les remparts du manoir patrimonial, travaillant et combattant ensemble pour des intérêts qui les touchaient tous également. Il est visible qu'il n'en est plus de même aujourd'hui. Le sentiment de la « souche » a entièrement disparu. Le mouvement des affaires, les nécessités du commerce et de l'industrie modernes, les facilités incomparables qu'offrent les nouveaux moyens de locomotion, ont dispersé les familles à travers les villes, les pays, quelquefois à travers les continents. Dans les grandes villes, on se groupe suivant les nécessités professionnelles ou les convenances mondaines. Les étrangers qui entrent dans le rayon de notre activité nous touchent de plus près que tel parent qui compte un grand-père frère du nôtre. Cette parenté ne se manifeste souvent qu'au moment de la mort, lorsque le collatéral, est appelé, sans s'y attendre, à recueillir la succession de son parent inconnu. La descendance commune ne fait plus la famille ; ce qui la constitue, c'est l'affection, la fréquentation réciproque, les intérêts communs. Les sentiments de famille s'éprouvent à une pierre de touche infailible : c'est le devoir de l'assistance. Or,

jusqu'où va ce devoir dans la pratique ? Le Code ne le sanctionne que dans la ligne directe ; en fait, il se prolonge quelquefois dans la ligne collatérale, mais rarement au delà du quatrième ou du sixième degré.

Ajoutons que même dans le passé, les législations qui ont voulu déterminer les limites de la famille, ne sont jamais allées aussi loin que notre Code civil. La loi romaine l'arrêtait au sixième degré, et dans un seul cas au septième (1). Les législations barbares suivirent la règle romaine ; on la trouve dans la *lex Visigothorum* et même dans le *Sachsenspiegel* allemand. La *lex Ripuaria*, le Droit des Bajuvares et celui des Longobards contiennent des restrictions analogues. Trois anciens statuts du canton des Grisons, en Suisse, arrêtent le droit de succession au degré où cessent les prohibitions de mariage entre parents.

Les observations, que nous venons de présenter, sont dans la pensée de tout le monde. Voici l'opinion de l'un des commentateurs les plus autorisés du Code civil : « Nous avons sur ce point, dit M. Laurent, un reproche à faire aux auteurs du Code : c'est d'avoir donné une trop grande extension à la notion de la famille. On succède jusqu'au douzième degré. Des parents aussi éloignés sont toujours des parents inconnus ; peut-il être question d'une affection de famille, là où l'existence même de ceux que nous devons aimer, nous est inconnue ? Ils se confondent, en réalité, avec le genre humain. A notre avis, la succession col-

1. Institutes de Justinien, livre III, Titre VI, § 5, et T. VII, § 3 ; *Sentences* de Paul.

latérale ne devrait s'étendre au delà des consins germains (1). »

« En ce qui concerne les collatéraux, dit Stuart Mill, il n'existe, à moins de motifs particuliers, d'obligation pour personne de leur laisser une provision en argent. Aucun d'eux n'y compte aujourd'hui, si ce n'est à défaut d'héritiers directs, et l'on ne devrait même pas l'espérer, si cet espoir n'était causé par les prévisions de la loi. Je ne vois donc aucune raison pour qu'il existe un droit de succession pour les collatéraux. Il y a longues années, M. Bentham et d'autres autorités imposantes se sont réunis dans cette opinion que s'il n'existait point d'héritier en ligne descendante, la propriété, en cas d'intestat devrait, par suite de déchéance, passer à l'Etat. Relativement aux degrés plus éloignés de parenté collatérale, ce point n'a guère besoin d'être discuté. Peu de personnes soutiendront qu'il y ait aucune raison solide pour que les épargnes de quelque avare sans enfants aillent, à sa mort, comme cela arrive tous les jours, enrichir un parent éloigné, qui ne l'a jamais vu, qui peut-être n'a jamais su qu'il fût un parent, jusqu'au jour où cela a pu lui profiter en quelque façon, et qui n'avait, à son égard, aucun droit moral supérieur à celui de l'individu qui lui aurait été le plus étranger. Mais la raison apportée à ce cas s'applique à tous les collatéraux, même au degré le plus rapproché. Les collatéraux n'ont aucun droit réel, excepté dans le cas où peuvent en avoir des individus non

1. Laurent, *Principes de droit civil.*, t. VIII, p. 563.

parents ; et dans les deux cas, lorsqu'il existe des droits, le mode convenable de récompenser est le testament (1). »

Stuart Mill va beaucoup trop loin, à notre avis. Il propose d'exclure même les frères et les neveux ; c'est assurément excessif. Mais, réduites aux proportions convenables, ses raisons sont péremptoires et décisives.

M. Courcelle-Seneuil se rapproche bien plus de la vérité : « Jusqu'où, demande-t-il, s'étend la famille et où finit-elle ? Le Code civil la reconnaît jusqu'au douzième degré. Les mœurs et l'usage ne l'étendent plus aussi loin ; si l'on excepte quelques familles nobles restées fidèles aux anciennes traditions, on ne reconnaît guère de parenté au delà du sixième degré. Tel est l'état des mœurs. Reste à savoir si la famille économique est aussi étendue... L'hérédité est un principe d'appropriation excellent en ligne directe, assez bon jusqu'au quatrième degré, mais qui, au delà, n'a guère plus de raison d'être, par ce motif fort simple que les cousins ne s'élèvent pas et n'arrangent par leur vie en vue de l'héritage de leurs cousins, et qu'ils ont une individualité économique entièrement distincte. On comprend qu'il en serait autrement si, comme autrefois, les familles vivaient ensemble sous le même toit jusqu'au sixième degré ou au delà. Au point de vue économique, l'hérédité n'a aucune raison d'être au delà du sixième degré (2). »

M. Cauwès, l'éminent professeur à la Faculté de Droit de

1. S. Mill, *Principes d'économie polit.*, trad. Courcelle-Seneuil, t. I, p. 259.

2. Courcelle-Seneuil, *Traité théorique et prat. d'Econ. polit.*, t. II, p. 34 et 35.

Paris, s'exprime comme suit : « On ne saurait affirmer que d'une manière générale et en mettant à part les familles où les traditions de parenté sont le plus soigneusement gardées, la seule qualité de collatéral au douzième, et même au dixième degré, soit par elle-même un titre véritable à l'affection du decujus. Aucune des considérations, qui justifient la transmission héréditaire, ne peut alors être invoquée. Certes les liens économiques de la famille s'étendent au delà du cercle de la vie commune, qui, aujourd'hui, dépasse bien rarement la ligne directe, mais ils s'affaiblissent en ligne collatérale au delà du troisième et du quatrième degré, et n'ont plus de force réelle à partir du septième ou huitième. Ceci est surtout vrai depuis que la transformation de l'industrie et les facilités de communication contribuent à rompre l'unité de la famille et à en disperser les membres. Les vocations héréditaires de parents éloignés, à raison même de l'incertitude des biens de parenté, ne servent qu'à donner naissance à de nombreux procès (1). »

Et M. Fouillée : « Peut-être l'État se montre-t-il trop généreux, lorsqu'il étend l'hérédité naturelle, en l'absence de testament, à des parents très éloignés, souvent inconnus du mort. Le lien familial est ici tout artificiel et prend indûment la place du lien social, de la grande parenté civique. Dans les cas de ce genre, il y aurait justice à considérer la société comme l'héritier général de ceux qui n'ont conservé que les liens sociaux (2). »

1. Cauwès, *Précis d'Economie politique*, t. II, p. 243.

2. Fouillée, *La Propriété sociale*, p. 60.

Nous n'en finirions pas, si nous devions citer tous les auteurs qui se sont prononcés dans ce sens à l'étranger. Il nous suffira de mentionner parmi les auteurs allemands : MM. de Scheel (1) et Munzinger (2), professeurs à Berne ; MM. Baron (3) professeur à Berlin et M. Geyer (4), professeur à Munich.

La réforme que nous préconisons, a déjà été réalisée en Suisse. Le code civil du canton de Zurich, élaboré par le célèbre auteur du « Droit international codifié », M. Bluntschli, arrête le droit des collatéraux à la troisième parentelle, ce qui équivaut à peu près au sixième ou septième degré de notre computation (5).

En France, on a essayé, à différentes époques, de faire passer ces idées dans nos lois. En 1857, deux représentants, MM. Savoye et Cassal, présentèrent à l'Assemblée législative un projet de loi arrêtant le droit des collatéraux au quatrième degré ; devant l'hostilité de la commission, ils consentirent à reporter la limite au sixième degré. Mais l'Assemblée, par crainte de paraître partager certaines idées hostiles à la propriété et à l'hérédité, qui avaient cours à cette époque, repoussa le projet (6).

En 1872, le projet fut repris par MM. Sadi Carnot, Jour-

1. H. Von Scheel, *Erbschaftsteuer und Erbrechtsreform.*, Iena, 1874.

2. W. Munzinger, *Erbrechtliche Studien*, Bâle, 1874.

3. I. Baron, *Zur Erbschaftsteuer*, dans *Hildebrand's Jahrbücher für Nationalökonomie*, 1876.

4. *Holzendorff's Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, 4^e édit., p. 83.

5. *Privatrechtliches Gesetzbuch für den canton Zürich*, § 1938 ; V. aussi *Staatswörterbuch* de Bluntschli et Brater, III, p. 403 et 412.

6. *Moniteur universel*, 1857, p. 541, 801 et supplém. au n° 106, p. 2.

nault, Jozon, Labélonye, Lamy et Rameau, qui fixèrent la limite de la succession collatérale au huitième degré (1).

En 1884, M. Couturier et quatre-vingt de ses collègues proposèrent à la Chambre des députés d'arrêter les droits de la famille au sixième degré (2). Dans la même année, MM. Giard, Henry Maret, Laguerre et Tony Révillon déposèrent un projet relatif à l'établissement de la mutualité nationale par l'hérédité de l'Etat, qui fixait le terme au quatrième degré (3). L'année suivante, une nouvelle proposition de loi, présentée par M. Sabatier et vingt-quatre de ses collègues, adoptait comme limite le cinquième degré (4).

En présence de ces faits, il est permis de croire que le temps est venu pour une telle réforme et qu'elle aboutira dans un avenir très rapproché. Il est très probable qu'on se résoudra à prendre un terme moyen, le sixième degré. C'est la limite que nous préférons. Mais afin de pouvoir évaluer immédiatement les résultats d'une telle réforme, nous supposerons le droit des collatéraux arrêté au quatrième degré. Dans les tableaux du produit des droits de mutation, le bulletin du Ministère des finances distingue, en effet, les successions collatérales jusqu'au quatrième degré, de celles qui portent sur les degrés plus éloignés.

1. Impressions de l'Assemblée nationale, 1872, n° 117.

2. Impressions de la Chambre des députés, 1884, n° 2753.

3. *Idem*, 1884, n° 2909.

4. *Id.* 1885, n° 146.

Voici le tableau pour l'année 1886 (1) :

MUTATIONS PAR DÉCÈS	Disposition soumises aux droits	Valeurs sur lesquels les droits sont assis	DROITS constatés
1 ^o Antérieures aux lois de 1832 et 1850.	6	"	1.298
2 ^o En ligne directe.	539.478	3 583.242.111	44.790.526
3 ^o Entre époux.	166.735	520 707.045	19.526.574
4 ^o En ligne collatérale :			
a) Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces . . .	157.270	814 259.216	66.158.561
b) Grand-oncles, grand'tantes, petits-neveux, petites-nièces, cousins germains.	23.174	128.275.774	11.224.130
c) Parents au delà du 4 ^e degré.	9.738	102.736.436	10.273.644
5 ^o Non parents.	38.167	220.021.056	24.752.369
Total	934 568	5 369.241.638	176 727.042

L'abolition de la succession collatérale au delà du quatrième degré aurait donc pour résultat, de donner à l'Etat une somme de 102.736.435 francs à la place des 10.273.644 francs qu'il perçoit en ce moment de ce chef. Il faut naturellement prévoir certaines diminutions possibles. Les collatéraux évincés par la loi pourraient bien être institués par testament ; mais ces institutions seront, nous le croyons, assez rares : l'affection de famille est si peu vive, aux degrés quelque peu éloignés, qu'il est permis d'en faire abstraction. Le disposant pourrait encore instituer des étrangers par préférence à l'Etat. Mais là-dessus, nous ne pouvons formuler aucun avis ; l'avenir seul peut nous dire ce qu'il faut en penser. Reste une autre cause de diminu-

1. *Bulletin de statistique et de législat.*, août 1887, t. XXII, p. 146.

tion. Les cent millions, en chiffre rond, que nous attribuons à l'Etat, constituent le capital même des successions dont il s'agit ; il est visible qu'au bout d'un certain laps de temps, la richesse générale en subirait une diminution assez sensible, ce qui réduirait, à la longue, le bénéfice de l'Etat. Mais cette crainte ne nous paraît pas très fondée. La diminution dont il s'agit, portant sur une infime partie du capital général, n'arrivera à se révéler qu'assez tard et dans une faible mesure, si elle n'est pas compensée d'autre part par l'augmentation de la richesse générale, qui va toujours en progressant ; il est donc permis de la négliger pour le moment.

Une autre objection pourrait être faite, en ce qui concerne le droit de succession du conjoint survivant, qui passe avant celui de l'Etat, et qu'il est question depuis quelques années d'augmenter dans une mesure assez considérable. Nous croyons n'avoir rien à craindre de ce côté. Le projet qui prévaudra sur ce point, consiste à accorder à l'époux survivant un droit d'usufruit sur les biens de l'époux décédé. Dans ces conditions, le droit de l'Etat sera simplement retardé, et non détruit ; bien plus, il se trouvera notablement augmenté, puisque d'après la loi actuelle, le conjoint survivant hérite de toute la fortune du decujus, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers légitimes, et que dans le projet qui tend à prévaloir, il n'aurait, dans tous les cas, qu'un simple droit d'usufruit. Dans ces conditions, on peut espérer que le bénéfice annuel de l'Etat dépassera de beaucoup la somme de cent millions.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE D'HÉRÉDITÉ DANS LE CODE CIVIL

La seconde partie de notre tâche, la plus importante et la plus difficile, consiste à justifier le droit de succession de l'État venant en concours avec les héritiers ordinaires. Avant d'aborder cette démonstration, il nous semble nécessaire de préparer en quelque sorte le terrain de la discussion, en recherchant les principes qui ont présidé à la rédaction de la loi actuelle.

Cette précaution est aussi une garantie de bonne méthode. La législation civile ne comporte pas de révolution ; les vraies réformes n'y sont que des perfectionnements successifs. Les générations nouvelles travaillent sur l'œuvre des générations précédentes. Aussi, quand on veut bâtir sur une œuvre ancienne, faut-il prendre garde que les constructions nouvelles ne soient pas en opposition avec les fondements de l'édifice.

Les législateurs de 1804 avaient très bien compris l'importance particulière que présente la matière des successions par rapport aux autres lois civiles. « Dans tout code

de lois, disait Maleville, il y a quatre objets principaux qui ne peuvent être réglés par les seuls principes de la justice ordinaire, et dont les bases doivent être coordonnées à la forme de gouvernement de la nation pour laquelle le code est fait. Ces objets sont : la puissance paternelle, le contrat de mariage, la succession et le testament (1). » Les deux derniers objets, qui n'en forment au fond qu'un seul, l'emportent encore sur les deux premiers parce qu'ils touchent à la fois à la propriété et à la famille, les deux fondements de toute société organisée.

Pour ce qui est de la propriété et des différentes institutions qui en dérivent, les auteurs du Code professaient des idées qui ne sont plus les nôtres. Ils étaient presque tous imbus de la doctrine du droit naturel, dont l'empire avait été si grand sur les esprits du dix-huitième siècle. Pour les partisans de cette doctrine, la plupart des institutions civiles étaient des créations de la loi. La propriété n'avait pas son fondement dans le droit de la nature ; le testament y était même directement contraire. « L'avocat général Gilbert de Voisins résumait la pensée de tout son siècle, lorsqu'il disait : « Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort ne nous appartient pas. La mort dépouille les hommes de tout ; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie, leur volonté ne peut le faire après leur mort, si la loi, qui est immortelle, ne prend pas soin de le faire accomplir (2). » Tronchet disait aussi à la tribune de la Constituante : « La loi

1. Maleville, *Analyse*, etc., t. II, p. 169.

2. Plaidoyer dans l'aff. Pommereuil, Merlin, *Répert.*, v^o *Testament*.

immuable de la nature, qui a créé l'homme mortel, borne invinciblement son droit de propriété, sinon à un simple usage, au moins dans les limites de son existence (1). » Et Mirabeau, dans son magnifique langage : « Il me semble, Messieurs, qu'il n'y a pas moins de différence entre le droit qu'à tout homme de disposer à son gré de tout ce qu'il possède de son vivant, et celui d'en disposer après sa mort, qu'il n'y en a entre la vie et la mort même. Cet abîme, ouvert par la nature sous les pas de l'homme, engloutit également ses droits avec lui, de manière qu'à cet égard, être mort ou n'avoir jamais été, c'est la même chose (2). »

Ces idées étaient celles des rédacteurs du Code, parmi lesquels brillait au premier rang Tronchet, *le premier jurisconsulte de France*, comme l'appelait Napoléon. Elles se firent jour aussitôt que le Titre des Donations et Testaments vint en discussion au conseil d'Etat. La section de Législation avait simplement envisagé le testament comme une conséquence du droit de propriété, sans distinguer autrement entre le droit de disposition entre vifs et les dispositions pour cause de mort. Tronchet fit valoir aussitôt cette distinction et développa les idées qu'il avait déjà exposées précédemment à la Convention nationale. Nous allons citer textuellement une partie du procès-verbal de la séance du 30 nivôse de l'an XI :

« M. Tronchet dit qu'il ne croit pas, avec la section, que la faculté de disposer par testament soit, comme la faculté de

1. Buchez et Roux, *Hist. parlementaire*, sect. II, § 4, n° 2; t. IX, p. 305.
2. *Ibid.*, t. IX, p. 288.

disposer entre vifs, une suite du droit de propriété. Ce droit ne s'étend pas au delà de la vie ; il ne peut donc produire le pouvoir de disposer pour un temps où le propriétaire n'existe plus. Aussi la faculté de tester n'est qu'un bénéfice de la loi civile, qui, à cet égard, ajoute à la loi naturelle. Cependant, le droit civil doit prendre ses bases dans le droit naturel. Ici, les Romains ne peuvent être pris pour modèle : ils s'étaient érigés en législateurs suprêmes dans leur famille ; leur testament était une loi ; ils exerçaient sur leurs enfants un pouvoir illimité.

« M. Portalis examine en soi le principe sur lequel se fonde M. Tronchet. D'abord ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété... L'ordre social seul a fondé la propriété. L'effet de cet ordre est d'établir entre les associés une garantie, qui oblige chacun d'eux à respecter les biens acquis par un autre et la disposition qu'il en fait. C'est ainsi que le droit de disposer naît du droit de propriété. Or celui qui dispose à cause de mort, dispose pendant sa vie et dans un temps où il est propriétaire. Mais est-ce le droit naturel ? Est-ce la loi civile, qui doit donner ici les règles ? *La loi civile est l'arbitre suprême, il lui appartient de tout régler.* Elle peut donc donner le droit de disposer et le régler ; son pouvoir, à cet égard, n'est limité que par l'obligation de respecter les droits acquis (1). »

D'après nos idées actuelles, c'est Portalis qui a raison contre Tronchet. A quoi bon distinguer entre la disposition entre vifs et l'acte destiné à valoir après le décès du dispo-

1. Locré, L. XI, p. 83.

sant ? Ce dernier acte, dit Pörtalis, a été fait aussi du vivant de son auteur. Cela n'est pas tout à fait exact. La disposition du testateur ne constitue pas encore un acte réellement valable ; ce n'est qu'une promesse, un vœu, consigné dans un écrit. Ce vœu ne deviendra un acte juridiquement complet, que lorsque l'acceptation du légataire l'aura transformé en convention. Or l'acceptation du légataire ne peut se produire, sa volonté ne se manifeste qu'à une époque où la volonté du disposant n'existe plus. Mais que nous fait cette circonstance purement matérielle ? Nous pouvons toujours supposer la volonté du testateur comme se survivant à elle-même dans la parole écrite, qui l'a fixée et consignée. Est-ce qu'en réalité la pensée meurt avec l'homme ? Son action n'est-elle pas souvent plus décisive et plus durable, longtemps après que l'homme s'est évanoui dans le néant ? Quoi de plus légitime que de tenir compte de cette action posthume de la pensée testamentaire, et si on n'y peut parvenir qu'au moyen d'une fiction, cette fiction est raisonnable et nécessaire. On peut toujours supposer que le légataire a accepté du vivant du testateur, un instant avant sa mort, et alors la disposition pour cause de mort sera entièrement semblable à la disposition entre vifs :

Mais tout en faisant prévaloir des notions plus justes sur le testament, Portalis n'est pas moins un partisan absolu de la théorie du droit de nature. Il est, à cet égard, plus radical que Tronchet. Pour lui, tout est de droit social ; la propriété elle-même ne se justifie que par des considéra-

tions tirée de l'état de société. Dans son discours préliminaire au Code civil, il ne s'exprime pas autrement que Tronchet :

« Nous convenons, dit-il, qu'aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort, et de se survivre à lui-même par un testament. Nous convenons que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succéder, et qu'il serait dérisoire et dangereux de laisser à chaque particulier la faculté illimitée de renverser arbitrairement l'ouvrage des lois. Mais les lois, qui ne peuvent gouverner que par des principes généraux, constants et absolus, ne doivent-elles pas, pour les circonstances variables de la vie, laisser quelque chose à l'arbitrage du citoyen ? *Le pouvoir qu'un testateur tient de la loi, n'est-il pas le pouvoir de la loi même* (1) ? »

Ces idées ne sont pas seulement celles de Portalis ; elles se trouvent dans le discours de Chabot au Tribunat (2), dans celui de Siméon un Corps législatif (3), et dans le rapport de Jaubert au Tribunat sur le Titre des Donations et Testaments. Ce dernier orateur accentue particulièrement l'intention de la loi : « Mais pour suivre une route sûre dans l'application de la loi, que les citoyens se pénétrent bien de cette vérité, que dans la manière des dispositions, à titre gratuit, tout est du droit positif, *parce que tout est émanation et concession de la loi civile* (4). »

La pensée de la loi est donc bien claire : le testament est

1. Locré, t. I, p. 313.

2. *Ibid.*, t. X, p. 213.

3. *Ibid.*, p. 279.

4. *Ibid.*, t. XI p. 487.

une délégation donnée par la loi aux particuliers qui sont chargés de distribuer après eux leurs biens suivant les convenances de chaque cas particulier. L'Etat a pensé que les particuliers s'acquitteraient mieux de ce soin, et il n'a pas hésité à leur conférer un droit qu'il ne voulait pas accepter pour lui-même. Mais lorsque le propriétaire omettrait d'user de la faculté que lui accordait la loi, que devaient devenir après sa mort les biens dont il n'avait pas disposé? En d'autres termes, quel devait être le régime de la succession *ab intestat*? La loi, fidèle au principe établi plus haut, cherche à suppléer au défaut de volonté de la part du défunt en rédigeant une sorte de testament posthume, tel que le decujus l'eût écrit, s'il avait pu exprimer sa volonté.

Voici, en effet, en quels termes Treilhard présente le titre des successions au Corps législatif : « Législateurs, le gouvernement vous présente par notre organe, le projet de loi sur les successions, c'est-à-dire le *testament présumé* de toute personne qui décède sans valablement exprimer une volonté différente (1). »

Un législateur contemporain, s'il avait eu à rédiger une loi sur les successions *ab intestat*, en aurait donné une explication différente de celle de Treilhard. Il aurait dit simplement que la famille constituée avec le père une sorte de personnalité morale, copropriétaire de ses biens, appelée par conséquent à les recueillir après sa mort.

1. Locré., p. 177.

La famille constitue un organisme complet en dehors de l'Etat, de telle sorte que les règles qui le gouvernent, paraissent plutôt une conséquence de sa vie propre et autonome, qu'une loi imposée par la société. L'identité du nom produit une identité de sentiments et d'idées; la transmission de cette identité à travers les générations constitue une hérédité morale, corrélative à l'hérédité physique. Rien d'étonnant à ce qu'il y eût aussi une hérédité juridique, et que les biens se transmissent aux descendants avec le sang et le nom de leur ancêtres.

Les auteurs du Code, toujours hantés par les conceptions du droit naturel, n'apercevaient pas ce côté, pourtant bien visible, de la famille. Pour eux, tout disparaissait avec l'individu; la famille, à laquelle il appartenait, n'avait aucune part à sa personnalité.

« Aussitôt que nous mourons, dit le tribun Siméon au Corps législatif, tous les liens, qui tenaient nos propriétés dans notre dépendance, se rompent; la loi seule peut les renouer. Sans elle, les biens destitués de leur maître seraient au premier occupant. Chaque décès amènerait l'incertitude et les désordres, que l'état social a fait cesser. La succession est donc une institution civile, par laquelle la loi transmet à un propriétaire nouveau et désigné d'avance la chose que vient de perdre son propriétaire précédent (1). »

Portalis développe ce point de vue :

1. Loqué, t. X, p. 279.

« Le droit de succession a-t-il sa base dans la loi naturelle ou simplement dans les lois positives ? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir.

« Le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire, conséquemment, après la mort du propriétaire, que deviendront ses biens rendus vacants par son décès ?

« Le bon sens, la raison, le bien public, ne permettent pas qu'ils soient abandonnés ; il y a de puissants motifs de convenance et d'équité de les laisser à la famille du propriétaire ; mais, à parler exactement, *aucun membre de cette famille ne peut les réclamer à titre rigoureux de propriété*. Comment le partage sera-t-il fait entre les enfants, et à défaut d'enfants, entre les proches parents ?... S'il n'y a point d'enfant, appellera-t-on indistinctement tous les collatéraux, à quelque degré qu'ils soient ? La faculté de tester sera-t-elle admise ? Sera-t-elle proscrite, ou se contentera-t-on de la limiter ?

« Dans toutes ces questions, l'intervention de l'Etat est indispensable ; car il faut donner et garantir à quelqu'un le droit de succéder, et il faut fixer le mode de partage sur les biens rendus vacants par la mort du propriétaire. *On ne voit d'abord d'autre droit proprement dit que le droit de l'Etat*. Mais que l'on ne s'y méprenne pas ; ce droit n'est et ne peut être un droit d'hérédité ; c'est un simple droit d'administration et de gouvernement (1).

Portalès ne veut pas que l'Etat enlève aux particuliers

1. Discours préliminaire, Locré, t. I, p. 310.

tout droit d'hérédité et l'exerce seul pour son compte ; ce serait, suivant lui, contraire à l'équité et au bien public. Personne ne pensera le contraire sur ce point. Mais, ayant à distribuer les biens vacants entre les particuliers, l'Etat préfère naturellement la famille aux étrangers. Cette attribution des héritages aux parents n'en est pas moins une faveur de la loi. De puissantes considérations de convenance et d'équité lui ont fait préférer cet arrangement. Mais si des circonstances nouvelles venaient à déplacer l'axe des intérêts publics, le législateur, d'après Portalis, n'hésiterait pas à retirer tout droit à la famille. Celle-ci n'a, à proprement parler, aucun droit rigoureux par elle-même ; ce que la loi lui a donné la loi peut le lui ôter.

Cette conséquence extrême tirée de la théorie de Portalis, toute condamnable qu'elle est si l'on envisage la société telle qu'elle existait au commencement de ce siècle et telle qu'elle existe encore aujourd'hui, ne serait pas, au fond, contraire à la théorie naturelle et historique de la famille, que nous avons formulée plus haut. L'hérédité est certainement l'attribut essentiel de sa famille ; c'est la solidarité de ses membres à travers le temps. Mais ce principe d'hérédité reçoit, suivant les époques et suivant le degré de civilisation, une application plus ou moins étendue.

Autrefois, l'hérédité enveloppait dans ses effets la responsabilité morale de toutes les générations issues d'un ancêtre ; l'idée d'un héritage de malédiction, l'idée biblique de la rétribution divine jusqu'à la quatrième génération, pour le mal, et la millième pour le bien, ne sont que des

manifestations de l'hérédité dans le domaine moral. Certains privilèges, certaines attributions comportaient l'hérédité; telle la noblesse; tels aussi les offices de judicature ou les charges d'officiers ministériels sous l'ancien régime; telle encore aujourd'hui la fonction royale dans les états monarchiques. La marche du progrès a peu à peu rétréci le domaine de l'hérédité; elle ne porte plus que sur le patrimoine moral de la famille et avec certaines restrictions sur le patrimoine matériel. Mais cette dernière application peut, si les mœurs viennent à changer, disparaître à son tour sans que la famille en soit beaucoup plus atteinte que par les modifications précédentes du principe héréditaire. Est-ce que déjà, dans la législation actuelle, la solidarité familiale n'a pas disparu en ce qui concerne les biens? Les époux, s'ils ne sont pas mariés sous le régime de la communauté, possèdent des patrimoines séparés; les enfants peuvent avoir en propre des biens personnels, dont le père ou la mère n'a que la jouissance temporaire jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix-huit ans ou obtenu son émancipation. A ces divers points de vue, le principe de l'individualisme a pénétré dans les rapports de la famille, et cela depuis bien longtemps puisque cet état de choses remonte au droit romain du temps de Justinien. Pourquoi dès lors la séparation des biens qui existe entre les membres vivants d'une famille ne continuerait-elle pas à exister après leur mort?

Cette digression nous a éloigné de notre sujet. Nous avons hâte d'y revenir. La succession ab intestat, disons-

nous, était aux yeux de Portalis une concession de la loi, au même titre que la faculté de tester, dont elle était le corollaire et la conséquence. Car, encore une fois, pour le législateur de 1804, la succession ab intestat était le testament présumé du decujus. On considérait que l'ordre des successions, établi par la loi, était conforme aux affections du défunt. L'idée d'affection paraissait, aux yeux du législateur, mieux résumer les deux aspects du droit de succession. L'hérédité testamentaire et celle ab intestat. C'était un moyen terme qui impliquait à la fois le droit de libre disposition de père de famille, et, à défaut de cette disposition, les droits reconnus à sa famille.

Voici comment Bigot Préameneu développe cette manière de voir :

« Quelques juriconsultes opposent aux idées d'indépendance dans l'exercice du droit de propriété, que celui qui dispose pour un temps où il n'existera plus, n'exerce point un droit naturel. *Ils prétendent que l'ordre primitif et fondamental de la transmission des biens après la mort, est celui des successions ab intestat, et que si l'homme a quelque pouvoir de disposer pour le temps où il n'existera plus, c'est un bienfait de la loi...*

« Ce système est combattu par d'autres publicistes qui le regardent comme pouvant ébranler les fondements de l'ordre social, en altérant les principes du droit de propriété...

« Au milieu de ces discussions, il est un guide que l'on peut suivre avec sûreté, c'est la voix que la nature a fait

entendre à tous les peuples et qui a dicté presque toutes les législations.

« Les liens du sang qui unissent et qui constituent les familles sont formés par les sentiments d'affection que la nature a mis dans le cœur des parents les uns pour les autres. L'énergie de ces sentiments augmente en raison de la proximité de parenté...

« Si la volonté de l'homme n'a pas été manifestée, la loi n'a point à établir une règle nouvelle : elle se conforme dans l'ordre des successions à ce que font les parents lorsqu'ils suivent les degrés naturels de leur affection. Si ce n'est pas la volonté déclarée de celui qui est mort, c'est la volonté présumée qui exerce son empire.

« Que la faculté de disposer de ses biens après décès soit un bienfait de la loi ou que ce soit l'exercice du droit de propriété, rien de plus indifférent, pourvu que la loi ne soit pas contraire aux principes qui viennent d'être exposés (1). »

Le développement de Bigot Préameneu, que nous venons de citer, est intéressant à plus d'un égard. Parmi tous les rédacteurs du Code, Bigot Préameneu était le seul à voir dans le testament une simple conséquence du droit de propriété. C'était là peut-être moins une conviction raisonnée que le résultat d'une certaine aversion pour les spéculations du droit philosophique. Bigot Préameneu sentait aussi que dans le cas où il se trouvait, la philosophie des principes était plutôt un embarras qu'un secours.

1. Loqué, t. XI, p. 351 et suiv.

En effet, le législateur venait d'admettre le testateur privé comme régulateur des transmissions après décès. La volonté du citoyen devait trancher ces questions à la place de la loi. Dans le cas seulement où le citoyen aurait omis d'user de ce droit, la loi faisait un règlement à sa place en se conformant à sa volonté présumée. Jusque-là l'œuvre de la loi était logique et conforme au principe établi en tête de la matière. Mais la loi ne s'en est pas tenue là.

Elle a voulu assurer les droits de la famille même contre la volonté du testateur. Une forte réserve légitime garantit aux descendants et aux ascendants les droits que la loi leur a reconnus, à défaut de testament, et ces droits persistent à l'encontre de la volonté la plus manifeste du decujus. La succession ab intestat, ainsi entendue, n'est plus un testament présumé ; c'en est la négation. Comment concilier ces termes contradictoires ? Bigot Préameneu s'en tire en esquivant la discussion des principes, et en adoptant comme fondement du droit de succession, non plus la volonté pure et simple du défunt, mais ses sentiments d'affection à l'égard de ses proches. Cette nouvelle expression constitue un moyen terme entre la volonté du propriétaire et les prétentions de la famille. L'affection est à la fois le mobile d'action le plus décisif des testateurs et la meilleure garantie pour les intérêts des parents. Mais cette affection, la loi ne la suppose pas seulement chez le decujus, elle la lui impose. Il n'est pas permis aux citoyens de la méconnaître ; le législateur les oblige à la respecter et à la pratiquer même malgré eux. Elle est une loi morale, supérieure

aux droits de l'individu, et la loi a voulu qu'elle ne fût jamais violée. On comprend maintenant très bien, dans quel sens le législateur a entendu donner aux particuliers cette délégation, qu'on appelle le testament. C'est un véritable mandat donné par la puissance publique, mandat soumis à certaines conditions, qu'il n'est pas permis aux particuliers de transgresser. En paraissant exécuter sa propre volonté le citoyen n'exécute en réalité que la volonté de la loi. Ainsi que le disait Portalis : « Le pouvoir qu'un testateur tient de la loi, est le pouvoir de la loi même. »

Toute inconséquente qu'elle soit la théorie que nous venons d'analyser est, cependant au fond, celle du droit romain. Produit d'une longue élaboration de la jurisprudence romaine, elle constitue le triomphe de l'équité sur la rigueur des principes, et on ne saurait lui contester, malgré ses contradictions, le mérite de la simplicité, ni celui d'une unité relative. C'est par là qu'elle s'imposait au législateur de 1804. Mais le législateur ne lui est pas resté fidèle, et, il faut l'avouer, il lui était difficile de faire autrement. Sa mission n'était pas d'élaborer un corps de lois de toutes pièces, suivant ses préférences théoriques, mais de réunir dans un code unique les différentes législations, qui régissaient alors les diverses parties de la France. Les pays du Midi pratiquaient le droit romain, et ils ne demandaient pas mieux que de le garder. Les pays du Nord étaient régis par de nombreuses coutumes d'origine germanique, auxquelles ils tenaient avec une sorte de jalousie, et qu'ils entendaient imposer au législateur. Dans ces coutumes, la

famille prédominait encore de beaucoup sur l'individu. Le sentiment de la communauté primitive s'y était maintenu très vivace, et on n'entendait pas le sacrifier aux principes plus individualistes du droit romain. La propriété y avait encore gardé un certain caractère de patrimoine familial, et la tendance générale des coutumes était de la conserver, autant que possible, au sein de la même famille. On distinguait dans le patrimoine, les biens d'importance moindre ou acquis par l'individu, les *acquêts*, et les *propres*, immeubles patrimoniaux, qui ne devaient pas sortir de la famille, dont ils étaient en quelque sorte une dépendance. Lorsque le détenteur actuel des propres mourait sans laisser de postérité, ils devaient retourner à la ligne d'où ils émanaient. C'est ce qu'on exprimait par l'adage : *Paterna paternis, materna maternis*. Tout était subordonné au principe de la conservation des familles. Dans ces conditions, on comprend que le testament ne fût pas en grande faveur. Les coutumes n'admettaient pas que la volonté de l'homme pût créer un héritier, contrairement à la loi du sang. Cette pensée y revient sous diverses formes : « Institution d'héritier n'a point lieu — on naît héritier, on ne le devient pas — Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut (1) » Quant à la faculté de disposer après décès par de simples legs, elle était circonscrite dans les limites les plus étroites : « Vrai est, dit Guy Coquille, qu'aucunes coutumes limitent et res- treignent la puissance de tester à toutes sortes de biens. Les

1. Symmachus, *Epis.*, t. I, 15. Glauville, *De legibus Anglia*, liv. VII, cap. I; Loysel, *Institutions coutumières*, liv. II, tit. III, règle 5,

autres limitent seulement pour l'héritage propre, laissant en liberté au testateur les meubles et conquêts. La plupart desdites coutumes permettent de disposer de tous meubles et conquêts, et de la cinquième partie de l'héritage ancien ou propre. D'autres coutumes permettent de disposer de tous les meubles et conquêts et du tiers ou de la moitié du naissant ou propre. Autres coutumes permettent de disposer du quart de toutes sortes de biens, ledit quart chargé des legs et funérailles(1). »

Ces coutumes, avons-nous dit, étaient très vivaces, et les pays du Nord, qui les pratiquaient, n'entendaient céder que le moins possible. Force fut donc au législateur d'établir une transaction et de créer une législation intermédiaire entre le droit romain et le droit coutumier. Déjà, dans la conception romaine, le droit du testateur avait dû plier devant le droit de la famille par l'admission de la réserve au profit de la ligne directe. Sous l'impulsion des coutumes, les auteurs du Code allèrent plus loin. Dans toutes les successions, autres que celles des descendants, on admit que la masse des biens serait partagée en deux parts égales, qui seraient attribuées aux ascendants ou collatéraux de chacune des lignes paternelle et maternelle. C'était une imitation assez malheureuse de la règle « *paterna paternis, materna maternis* » et de la loi du 17 nivôse an II. On voulait sauvegarder les intérêts de chaque ligne comme le demandaient les pays coutumiers, mais on ne voulait pas,

1. Guy Coquille, *Institutions au droit français*, p. 96.

d'autre part, rechercher exactement l'origine véritable des biens, parce qu'on y voyait un vestige dangereux des coutumes féodales qu'on avait entendu abolir une fois pour toutes. Aussi qu'en est-il résulté? On a imité les errements du passé en divisant le patrimoine du défunt entre les deux branches paternelle et maternelle, au risque d'aggraver le morcellement produit par la loi de l'égalité des partages, sans avoir pour excuse le principe déterminant des anciennes coutumes : la conservation des biens dans les familles. Car la division ou la *fente*, qui est l'expression technique, ne porte pas sur les biens qui sont réellement sortis de chaque branche, mais sur la généralité des biens confondus dans une seule masse, de telle sorte qu'une branche peut recevoir les biens de l'autre et *vice versa*. C'était là, semble-t-il, un simple expédient nuisible dans la pratique, et qui ne satisfaisait point aux principes inférieurs qui devaient dominer la matière ; aussi les critiques n'ont pas manqué au législateur à ce sujet.

« On n'aperçoit dans ce point de la législation nouvelle, dit Toullier, que la marche incertaine d'un législateur timide qui craint de se prononcer au lieu de commander, et s'est réduit à faire une transaction qui ne satisfait personne, et dans laquelle on ne voit point d'esprit qui lui fût propre (1). »

Voici comment s'exprime l'un des rédacteurs mêmes du Code : « Entre les deux modes de succéder, dit Maleville,

1. Toullier, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 149.

suivant la loi romaine et suivant les coutumes, le choix dans la rédaction du nouveau Code ne semblait pas difficile; cependant le premier n'obtint qu'une préférence bornée. On convint d'anéantir la différence que les coutumes mettaient entre les diverses espèces de biens, et de ne former du tout qu'un seul patrimoine, mais on crut devoir déférer à l'idée dominante des coutumes de conserver les biens dans les familles, en partageant toute succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, en deux portions égales, l'une pour la branche paternelle, l'autre pour la branche maternelle, sans considération de la plus grande proximité des parents d'une ligne que de ceux de l'autre, mais en préférant les plus proches dans chaque ligne. On s'écarta ainsi tout de suite de la règle qu'on avait commencé par établir, que les successions devaient se déférer selon l'ordre de la nature et de l'affection présumée du défunt. Contre le vœu de l'un et de l'autre, il peut se trouver qu'un parent très éloigné du côté maternel partagera la succession avec le père ou la mère, ou le cousin paternel du défunt. Je n'ai rien à dire contre cette espèce de transaction entre les usages des pays de droit écrit et ceux des pays coutumiers; je sens qu'on est obligé à quelque condescendance... Je crois seulement avoir prouvé que cette vue générale des pays coutumiers ne remplissait pas son but, et n'est pas coordonnée à notre situation politique (1). » Et dans un autre passage, Maleville ajoute : « Nous étions alors dans

1. Maleville, *Analyse*, t. II, p. 184.

un état amphibie, qui laissait beaucoup d'incertitude sur l'espèce de gouvernement qui serait définitivement adopté. Chacun opinait donc sans trop dire ouvertement ses motifs ultérieurs d'après la forme qu'il jugeait la meilleure (1). »

Nous passons pour notre part condamnation au législateur sur l'erreur qu'il a commise, au point de vue pratique, en admettant la fente. La restriction de la succession collatérale, que nous avons proposée dans le chapitre précédent, aura pour effet d'en effacer les inconvénients dans une très forte mesure. Mais est-il juste de dire qu'aucune conclusion générale ne se dégage de l'œuvre entière du législateur ? Est-il impossible de démêler à travers les dispositions, en apparence contradictoires, qu'il a édictées, un principe unique, qui les embrasse toutes, et en soit, en quelque sorte, l'idée génératrice et dominante ?

La réponse va nous être fournie par M. Laurent :

« Il nous est facile de répondre à la question que les interprètes du Code se font : Quel est le principe dominant de notre ordre des successions ? On répond aujourd'hui, que c'est d'après l'affection présumée du défunt pour ses parents les plus proches que se règle la transmission de ces biens. Il faut dire, au contraire, que dans un système de transaction, il n'y a pas de principes, précisément parce que c'est une transaction. »

M. Laurent paraît n'apercevoir aucun principe dans la matière ; mais il rectifie aussitôt sa pensée : « Mais on se

1. Maleville, p. 170.

fait une fausse idée de cette idée d'affection. L'ordre des successions n'est point basé sur les sentiments du défunt ; *le devoir* va avant la prédilection (1) ».

Cette nouvelle notion aperçue dans l'œuvre de la loi, Toullier la précise et la développe d'une manière saisissante :

« Ainsi dans cette matière, *la volonté du défunt est moins présumée telle qu'elle a été, que telle qu'elle devait être, conformément aux devoirs de l'homme* : d'où il résulte qu'il y a relativement à la transmission des biens du défunt après sa mort, *des principes de justice à suivre indépendamment de sa volonté*. Un législateur sage doit sans doute considérer les différents degrés d'affection du défunt, mais il n'en faut pas conclure, comme l'ont fait quelques auteurs qui ont écrit sur le Code, que la loi n'a d'autre office à remplir que de suppléer la volonté de l'homme mort sans l'avoir exprimée. C'est asservir le législateur à la volonté des particuliers, tandis qu'il doit commander à leurs actions, régler les actes de leur volonté et en réprimer les écarts.

« Si la loi n'avait qu'à suppléer la volonté de l'homme, qui meurt sans l'avoir exprimée, elle ne pourrait limiter la faculté de disposer, réduire les donations excessives ni annuler celles qui ont pour fondement des affections désordonnées. Ce ne sont pas les affections ou la volonté présumée du défunt que le législateur doit prendre pour règle, *c'est sa volonté telle qu'elle devait être, sa volonté conforme au devoir*.

1. Laurent, *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 605.

« C'est donc, en dernière analyse, sur les devoirs du défunt plutôt que sur ses affections que doit être réglé l'ordre des successions. Si les biens doivent acquitter les dettes du défunt, *ils ne doivent pas moins acquitter tous les autres devoirs de justice, de reconnaissance et même de bienfaisance* (1) ».

Ce beau passage de Toullier donne la pensée dernière du législateur, qui sera aussi la conclusion de ce chapitre. Si quelque chose se dégage de la longue et laborieuse analyse à laquelle nous venons de nous livrer, c'est ce fait : la loi n'a envisagé, dans le règlement des successions, ni la volonté du défunt exclusivement, ni ses affections présumées, mais surtout, et en premier lieu, la notion de ses devoirs. Quels sont ces devoirs, quel est leur caractère et leur étendue dans la société contemporaine, c'est ce que nous allons essayer de déterminer dans le cours du chapitre suivant.

1. Toullier, t. IV, p. 134 et 135.

CHAPITRE III

L'HÉRÉDITÉ SOCIALE

Il est impossible de traiter du principe d'hérédité sans avoir quelque vue précise sur la nature du droit de propriété. La transmission des biens après décès, qu'elle résulte du testament ou du règlement de la loi, est toujours une conséquence ou un corollaire des droits du propriétaire. Il importe beaucoup plus dans ces matières, d'envisager le point de vue de celui qui transmet, que la situation de la personne qui recueille. Cette dernière n'a pas un droit rigoureux à la libéralité qui lui est faite, tandis que, pour le premier, disposer de ses biens à titre gratuit ou en faire bénéficier les personnes qui lui sont chères, c'est un droit aussi sacré et aussi naturel que le droit de propriété lui-même. Il importe donc d'examiner, au préalable et très rapidement, la nature de la propriété, telle que nous la comprenons aujourd'hui, non seulement au point de vue individuel, mais aussi dans ses rapports avec la société. Nous n'avons nullement la pensée de scruter les origines premières de la propriété, ni les théories plus ou moins problématiques, sur lesquelles la philosophie du droits

essaie d'en asseoir les fondements. Nous nous en tiendrons exclusivement à l'époque actuelle pour examiner les faits, tels qu'il est possible de les connaître et de les contrôler.

I

L'éducation juridique que nous tenons des Romains ainsi que l'économie politique, nous ont habitués à une notion de la propriété qui permet au propriétaire de disposer, d'user et abuser de sa chose, comme il l'entend. La propriété, dit-on, est le résultat du travail personnel, la projection de notre personne dans le monde extérieur ; elle doit, par suite, être aussi sacrée et aussi inviolable que notre propre personne. En un mot, notre propriété c'est nous-mêmes, et, à ce titre, elle doit participer de notre liberté et de notre indépendance. L'Etat peut bien lui imposer certaines restrictions, motivées par la coexistence d'autres propriétés également légitimes, de même que la liberté d'un individu est limitée par celle des autres. L'Etat peut aussi demander certains sacrifices pécuniaires nécessités par les dépenses destinées à maintenir la liberté et l'ordre général. Mais là se borne son droit. La société ne peut pas empiéter sur les droits ni sur les biens de l'individu, sans devenir tyrannique et sans aller à l'encontre de ses intérêts les plus vitaux.

Cette conception de la propriété, individualiste et absolue, nous paraît incomplète et excessive, comme toutes les théories qui procèdent d'un point de vue exclusif. A la

vérité, nous ne sommes pas simplement nous-mêmes, et nous appartenons en grande partie, à d'autres qu'à nous. Peut-on affirmer sérieusement qu'un homme de notre temps ne doive rien qu'à lui-même, et qu'il soit, à tous égards, son propre maître ? Est-ce que dans tous nos actes, dans toutes nos jouissances, une large part n'est pas due au concours de nos semblables ? Aurions-nous, sans le secours de la famille, arriver à l'âge adulte qui nous permet de déployer nos facultés et de faire valoir nos énergies ? Hommes adultes, pourrions-nous entreprendre quoi que ce soit sans la coopération de milliers d'individus que les habitudes de la vie commune et les nécessités de la division du travail ont unis à notre propre personne, pour faire du tout un organisme complexe et agissant, dont le fonctionnement constitue la vie sociale ? Hommes d'une génération et d'une époque, serions-nous ce que nous sommes, si nous ne résumions dans nos idées et dans nos moyens l'effort de milliers de générations antérieures, dont le travail accumulé a constitué à notre profit un patrimoine moral et matériel qui fait la puissance et la gloire de l'humanité ?

On se plaisait autrefois à citer Robinson Crusoé comme un exemple de ce que peut accomplir l'intelligence et la volonté d'un homme isolé au milieu de la nature sauvage. On admirait les ressources de son esprit inventif, la puissance de sa volonté toujours victorieuse des obstacles et on glorifiait en lui la grandeur de l'individu. Mais dans ce panégyrique de l'individualité, on avait oublié un facteur

principal qui avait permis à Robinson d'accomplir tout ce qu'il a fait. Le héros de De Foë n'était pas l'individu humain sortant tout neuf du sein de la nature. En abordant, l'île déserte qu'il devait transformer, il apportait avec lui les notions acquises dans son pays d'origine, des habitudes prises, tout un capital d'idées puisées dans la société civilisée, qui lui ont permis de tirer de l'île tous les avantages qu'il a su se procurer ; s'il eût été privé de ces ressources dues à la société, Robinson n'aurait pas pu faire plus que son ami Vendredi, dont il excitait, grâce à elles, l'admiration enthousiaste.

Cet exemple prouve d'une manière saisissante tout ce que nous devons à l'espèce et au milieu auxquels nous appartenons. « Comparez, dit M. Paul Janet un enfant sauvage et un enfant européen ; il n'y a aucune différence. Comparez-les de nouveau à l'âge adulte de vingt ans : l'un est encore sauvage, l'autre a absorbé la civilisation de plusieurs milliers d'années. Est-ce à lui seul, à sa seule volonté qu'il doit d'être ce qu'il est ? Non, c'est à la société, à l'éducation du milieu. La société est, comme on dit, fonction de l'individu. L'individu est, en quelque sorte, au moins en partie, le produit de la société (1). »

Dans la production de la richesse, si nous comparons la part de l'homme à celle de la société, combien cette dernière nest-elle pas plus grande ? Au point de vue matériel, plus encore qu'au point de vue intellectuel et moral, nous ne

1. *Compte rendu de l'Académie des Sc. morales et polit.*, 1886, p. 535.

sommes qu'un rouage dans la vaste machine animée qu'on appelle la société. Parmi les innombrables objets que nous consommons, soit pour contenter nos besoins, soit pour satisfaire nos habitudes de luxe ou de jouissance artistique, y en a-t-il beaucoup que nous pourrions produire livrés à nos propres efforts? Grâce à l'admirable agencement de la production en commun, rien qu'en nous agitant dans la petite sphère réservée à notre activité, nous parvenons à acquérir de quoi commander à des milliers de producteurs et faire venir à nous les produits tirés de tous les coins du globe. Nous payons, il est vrai, ces valeurs avec notre argent; au service qui nous est rendu, nous offrons un service en échange. Mais, est-il bien sûr que nous payions les biens ainsi achetés le prix qu'ils auraient si nous devions les produire nous-mêmes sans le concours de nos semblables? C'est le contraire qui est certain. La valeur des richesses produites en commun est énormément abaissée par ce fait que la production collective est incomparablement plus puissante et plus efficace que le travail des mêmes producteurs, agissant isolément. « Tout le monde, dit encore M. Janet, reconnaît la puissance de l'association. Deux hommes réunis valent plus que deux fois un homme; quatre sont plus que deux et deux. La puissance de l'association ne croît pas comme le nombre des associés, mais en raison du carré, du cube ou d'une puissance quelconque (1). »

1. *Compte rendu de l'Acad. d. Sc. mor. et pol.*, p. 536.

Mais si la part de richesse que nous devons au concours de nos contemporains est grande, combien grande est celle que nous devons à nos prédécesseurs? La plupart des capitaux que nous faisons fructifier nous viennent par héritage de nos ancêtres. Le fonds principal qui alimente l'industrie et le commerce provient des épargnes réalisées par les générations précédentes. Nous y ajoutons les richesses produites par nous-mêmes; mais la proportion est plutôt en faveur du passé. De plus, le passé ne nous transmet pas seulement ces richesses et ces capitaux, il nous fournit aussi d'admirables découvertes, dues au génie d'un homme quelquefois inconnu et qui assurent l'existence ou le bonheur de toutes les générations futures. « Celui qui a inventé la charrue, dit M. Fouillée, laboure encore, invisible à côté du laboureur; Gutenberg imprime encore les livres que lit le monde entier (1). »

Dans les productions les plus personnelles, dans celles que nous devons le plus à notre génie individuel, la contribution des autres est encore bien considérable. « Le plus grand génie, dit Gœthe, ne fait rien de bon, s'il ne vit que sur son propre fonds. Chacun de mes écrits m'a été suggéré par des milliers de personnes, des milliers d'objets différents : le savant, l'ignorant, le sage et le fort, l'enfant et le vieillard, ont collaboré à mon œuvre. Mon travail ne fait que combiner les éléments multiples qui sont tirés de la réalité : c'est cet ensemble qui porte le nom de Gœthe. » Si

1. A. Fouillée, *La Propriété sociale*, p. 21.

cela est vrai des génies originaux, que dire de la masse des écrivains qui, au lieu de reproduire la nature, se copient les uns les autres. Ce cas est cependant le plus fréquent et le plus naturel, puisque la plupart du temps les idées ne naissent pas toutes seules et qu'elles se développent par voie de filiation, en passant d'un esprit à un autre. Mais cela n'empêche pas le dernier venu de la série d'encaisser tout seul le bénéfice produit par la pensée commune. Il en est ainsi surtout en matière industrielle. Les inventions techniques portent la plupart du temps sur le perfectionnement d'un détail, sur un nouvel élément ajouté aux combinaisons du passé ; le porteur du brevet n'est pas moins autorisé à s'approprier exclusivement le produit de l'invention qui peut se chiffrer quelquefois par des millions. Dans tous ces cas, comme dans ceux que nous avons cités plus haut, le travail de l'individu revient à un travail de spécification appliqué à la substance que lui fournit la nature ou la société. Son mérite consiste à grouper d'une certaine manière ou à transformer les matières qu'il recueille autour de lui ; mais son rôle ne va jamais jusqu'à créer par lui-même la substance même à laquelle il applique son travail.

« En dernière analyse, dit M. Fouillée, *toute propriété, au point de vue philosophique, a en quelque sorte deux pôles : elle est en partie individuelle et en partie sociale* (1). »

1. A. Fouillée, *La Prop. soc.*, p. 25.

II

La part sociale que nous venons de discerner dans toute propriété, d'une manière vague et générale, revêt une forme précise et visible dans des cas très nombreux qui se présentent dans la pratique journalière. Ici, la propriété n'est même plus le résultat d'un travail quelconque de spécification ou autre ; elle constitue un enrichissement sans travail, un accroissement de fortune dû à des circonstances fortuites et extérieures à l'homme.

Lorsque Ricardo eut démontré, par sa théorie de la rente foncière, que l'augmentation de la population dans un pays avait pour effet fatal de hausser le taux des fermages et d'augmenter de plus plus en plus le bénéfice des propriétaires, les économistes du continent protestèrent. La loi, suivant eux, était fausse dans ses prémices, ou du moins limitée dans son application. Elle pouvait être vraie, disaient les plus conciliants, dans certains cas, dans certains milieux, mais elle était loin d'avoir le caractère d'une loi générale. Ce n'était que dans les pays de vieille civilisation, où toutes les terres sont occupées, que la rente pouvait se produire ; mais dans les pays nouveaux, où la terre abonde, en Amérique, en Australie, il ne pouvait aucunement en être question. Ce raisonnement n'est plus possible, depuis que l'on commence à mieux connaître les phénomènes qui se produisent à l'origine des sociétés dans les contrées les plus éloignées de la civilisation. On a vu des

noyaux de sociétés se former dans le Far-West américain, sur les plateaux déserts de la Californie habités naguère par l'ours gris et le cougar, et tout aussitôt la rente apparaît comme sur le vieux continent. Elle se présentait surtout sous la forme de rente urbaine, la demande des terrains étant bien plus considérable et plus pressante dans les villes que dans les campagnes. A peine une ville venait-elle de se fonder autour d'un filon aurifère ou près d'un cours d'eau, que, sans tarder, des spéculateurs avisés ou avides s'emparaient des terrains sis à proximité des grandes voies ou dans l'enceinte probable de la future cité; au bout d'un certain nombre d'années, ils étaient riches et puissants parmi leurs concitoyens devenus tributaires. M. Henri George a tracé, dans quelques lignes qui deviendront classiques, le tableau intéressant de ces pratiques américaines :

« Prenez le premier venu, dit-il, pourvu qu'il ne soit pas un homme à théories, mais qu'il ait une bonne tête d'affaires et qu'il sache ce que c'est que gagner de l'argent. Dites-lui : voici une petite ville qui débute; dans dix ans ce sera une grande cité. Les chemins de fer auront remplacé les diligences et les lampes Edison les réverbères. Pensez-vous que dans dix ans le taux de l'intérêt se soit élevé? — Il vous répondra : Nullement. — Pensez-vous que les salaires du travail ordinaire se soient élevés et qu'il soit plus commode à l'homme qui n'aura que ses bras, de se créer une existence indépendante? — Pas davantage, vous dira-t-il. Le travail commun ne sera pas plus rétribué; il est plus probable qu'il le sera moins qu'aujourd'hui. Les bras ne seront pas plus

cherchés, selon toute apparence, ils le seront moins. — Alors que dois-je faire pour faire fortune ? — Allez acheter promptement ce morceau de terrain et prenez-en possession. Et si, en effet, vous avez la sagesse de suivre ce conseil excellent, vous n'aurez plus besoin de rien faire d'autre. Vous pourrez vous promener tout autour, comme le lazzarone de Naples ou le lepero de Mexico ; vous pourrez planer au-dessus en ballon, ou dormir au-dessous dans un trou et sans remuer le doigt, sans ajouter un iota à la richesse générale, dans dix ans vous serez devenu riche. Dans la cité nouvelle il y aura un palais pour vous ; il est vrai qu'il y aura aussi probablement un hospice pour les pauvres (1). »

C'est ainsi qu'ont été édifiées les colossales fortunes des Astor et des Vauderbilt. A l'époque où la ville de New-York n'occupait pas encore toute l'île, dans laquelle elle est située, un Astor eut l'idée d'acquérir presque tous les terrains qui se trouvaient encore disponibles ; aujourd'hui sa famille possède plusieurs centaines de millions de dollars.

On a calculé que chaque immigrant aux Etats-Unis augmentait la valeur des terres d'environ 400 dollars (2). Le nombre des immigrants ayant été en 1884 de 750.000, la plus-value en résultant a été, rien que pour cette année, de un milliard et demi de notre monnaie. Il en est de même des naissances ; chaque individu, qui vient au monde,

1. Henry George, *Progress and Poverty*, 5^e édit., p. 264.

2. Ch. Gide, *La propriété foncière*, *Journal des Economistes*, mai 1883, p. 173.

ajoute une plus-value aux objets en quantité restreinte, dont le nombre reste stationnaire en présence de la demande de plus en plus croissante.

M. Léonce de Lavergne, dans son *Économie rurale de l'Angleterre*, estime à 1 p. 100 la plus-value annuelle de la propriété foncière dans ce pays. La valeur du sol doublerait ainsi par période de soixante-dix ans environ. Ce chiffre est au-dessous de la réalité. La rente des terres anglaises était estimée en 1800 à 500 millions; en 1875 elle était de 1.500 millions, d'où il résulte qu'elle a triplé en 75 ans, au taux annuel de 2,6 p. 100. En France, la plus-value a été moins rapide. En 1790, Lavoisier évaluait le revenu foncier à 1.200 millions; il était de 2.750 millions en 1875. Cela fait une plus-value annuelle de 1 p. 100. Cette différence dans le taux de l'augmentation de la rente correspond à peu près exactement à la différence dans l'accroissement de la population. La population anglaise, qui était de 8.890.000 âmes en 1801, était de 24.850.000, près du triple, en 1879. En France, d'après le recensement de 1801, le nombre des habitants était au commencement du siècle de 27.349.000; il n'a été que de 37.672.048 au recensement de 1881.

C'est dans les villes que la rente foncière prend des proportions inusitées. Un rapport fait par Daubenton, inspecteur général de la voirie parisienne, sur les entreprises de constructions de la ville de Paris, de 1821 à 1826, donne les chiffres suivants pour la valeur des terrains: dans le deuxième arrondissement, le plus recherché, le prix

du mètre carré variait entre 160 et 450 francs ; dans le neuvième il était de 18 à 210 francs ; dans le huitième le maximum ne dépassait pas 53 francs. En 1878, les terrains de l'avenue de l'Opéra se vendaient couramment à 1800 francs. On a pu vendre à 2.000, 3.000 et 5.000 francs le mètre, les terrains situés autour du nouvel Hôtel des Postes ou de la place de la Bourse (1).

Les loyers ont suivi naturellement une progression analogue. Le loyer moyen par tête était de 90 francs en 1817, de 110 francs en 1829, de 150 en 1872 et d'après le *Bulletin de statistique municipale*, il aurait été de 166 à 167 en 1876. Ces chiffres paraissent au-dessous de la réalité ; M. Leroy-Beaulieu évalue de 180 à 190 francs le loyer moyen pour 1880. C'est juste le double de ce qu'il était soixante-trois années auparavant. Les petits logements ont même doublé de prix depuis vingt ans. « Il est presque certain, dit le même auteur, que dans la plupart des cas, cette hausse du taux du loyer, correspond, en partie, mais pour la moindre partie, à une amélioration du logement, et pour la plus grande partie simplement à une augmentation du bénéfice des propriétaires, augmentation qui résulte de la supériorité croissante de la demande sur l'offre des logements (2). »

En effet, si l'on ne prend que la période de 1861 à 1881, on constate que la population de Paris a augmenté à raison de 33,8 p. 100 ; celle des villes au-dessus de 10.000 âmes à

1. Leroy-Beaulieu, *Répartition des richesses*, p. 205.

2. *Ibid.*, p. 207.

raison de 29,2 p. 100 (1). La population urbaine en général était par rapport à la population totale de 24,5 p. 100 en 1851, de 30,5 p. 100 en 1866, de 32, 5 p. 100 en 1876 et de 34, 7 p. 100 en 1881. A l'étranger, on constate que la ville de Berlin a augmenté de 50 p. 100 (1867-1877), Breslau de 40 p. 100 (1867-1875), et Vienne à peu près d'autant dans la même période. Si l'on prend les neuf principales villes de l'Europe: Londres, Paris, Berlin, Vienne, Saint-Pétersbourg, Constantinople, Naples, Dublin et Moscou, on trouve que dans la période qui va de 1833 à 1873, c'est-à-dire dans un intervalle de quarante ans, leur population a passé de 5.582.000 à 10.595.000 habitants.

Voilà, dira-t-on, au profit des propriétaires fonciers, une source bien évidente de bénéfices dus presque exclusivement à un fait social. Mais ce ne sont là que les bénéfices ordinaires et normaux. Que dire des profits extraordinaires réalisés par les spéculateurs sur les terrains menacés d'expropriation? Tout le monde connaît les opérations inqualifiables, les marchés éhontés qui ont lieu à l'occasion du percement d'une nouvelle rue ou d'une grande voie dans une ville comme Paris. On se souvient des fortunes scandaleuses réalisées comme par enchantement à l'occasion des grands travaux d'embellissement conçus par le préfet Haussmann dans les vieux quartiers de Paris. Le même fait se produit, dans des proportions plus réduites, à l'occasion de la plupart des travaux

1. Statistique de la France de 1881.

publics, le long des voies ferrées à construire, dans le voisinage des ports, etc. Ce genre de propriété peut-il se justifier par l'une quelconque des explications fournies par les théoriciens du droit ? Si le fait de l'individu, le mérite personnel s'y manifestent dans une mesure quelconque, ce n'est la plupart du temps que la suite d'une situation privilégiée, qui permet au spéculateur de surprendre le secret d'une opération projetée ou d'agir sur la conscience de ceux qui sont chargés de l'exécuter.

Mais il n'y a pas que la propriété foncière, pour laquelle le progrès de la société amène une plus-value ; on observe le même phénomène à propos de toutes les richesses qui se trouvent en quantité limitée. Nous pouvons citer comme exemple, les offices ministériels, que l'Etat a érigés en monopole moyennant une redevance payée une fois pour toutes sous la Restauration. Des études de notaire, qu'on avait payées à cette époque environ de 50.000 francs, valent aujourd'hui plusieurs millions ; il en est ainsi, dans des proportions variables, des études d'avoué, des charges d'huissier, des charges d'avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation, des charges d'agents de change, etc. Les fonctions d'agréé auprès du Tribunal de commerce, créées par l'usage en dehors de la loi, se prêtent à des bénéfices analogues. Cette habitude de transformer une fonction libérale en fonds de commerce tend à se répandre dans d'autres professions. Certains médecins à Paris cèdent leur clientèle à des prix de plus en plus considérables ; les pharmaciens pratiquent cet usage depuis longtemps et de la manière la plus formelle.

L'accroissement de la population fait monter aussi les valeurs mobilières. Une action de compagnie financière ou industrielle, que l'on payait à l'origine 500 fr. peut valoir par la suite du temps, le double, le triple, le sextuple de sa valeur. Ainsi, au commencement de février 1888, à une époque de forte baisse, des actions émises à 500 fr. valaient : Banque de France : 3.900 fr. et 4.000 fr. ; Chemins de fer du 1.550 fr. ; Compagnie parisienne du Gaz : 1.400 fr. ; Canal de Suez : 2.200 fr. ; Orléans : 1.335 fr. ; Crédit foncier : 1.370 fr. Pour les entreprises concédées par l'Etat, telles que la Banque de France, le Crédit foncier, les Chemins de fer, la plus-value due à l'action du temps est corroborée par les avantages provenant du monopole constitué sous le patronage de l'Etat.

En ce qui concerne les sociétés minières, la part de la société est encore beaucoup plus grande. Les mines et leurs richesses constituent une concession presque gratuite faite par l'Etat aux particuliers ; car les redevances très faibles que les compagnies d'exploitation paient à l'Etat, ne sont qu'une fraction minime de la valeur qui leur est concédée.

Nous pourrions pousser cette analyse plus loin. Il nous serait facile de démontrer que, dans un grand nombre d'entreprises prospères, l'action progressive de la société détermine une progression plus que proportionnelle dans les bénéfices des entrepreneurs. Mais nous préférons arrêter là l'analyse, et citer le principe général posé par M. de Molinari, l'éminent directeur du *Journal des*

Economistes : « Les lois naturelles, dit-il, qui suscitent le progrès, en maintenant l'ordre dans le monde économique, sont celles de l'économie des forces, de la concurrence et de la progression des valeurs. En vertu de cette dernière loi, la concurrence des quantités offertes au marché, en croissant ou en décroissant en raison arithmétique, engendre une progression des valeurs décroissante ou croissante en raison géométrique (1). » Or la concurrence se présente de deux manières : ou entre les marchandises qui s'offrent sur le marché, ou entre les consommateurs qui constituent la demande. L'augmentation du nombre des consommateurs agit dans un sens aussi activement que la diminution dans la quantité des marchandises dans l'autre, et *vice versa*. Or la demande allant toujours croissant par suite de l'augmentation de la population, la valeur des marchandises, si leur nombre restait le même, augmenterait non pas en progression arithmétique, mais en progression géométrique. Dans la réalité, l'offre des marchandises progresse autant que la demande, et quelquefois la dépasse ; dans ce dernier cas, il y a surproduction. Mais les crises qui en résultent se liquident forcément au bout d'un certain temps, et l'équilibre s'établit finalement entre les deux facteurs du marché. Pour un grand nombre de marchandises, dont la production augmente considérablement par suite des progrès industriels, la conséquence de la concurrence sera de stimuler la demande et

1. De Molinari, *Les lois naturelles de l'écon. polit.*, p. 278 et 283.

d'abaisser le prix. Mais pour les marchandises dont la quantité reste constante, ou dont la progression est limitée, l'augmentation de la population aura pour effet d'élever leur prix beaucoup plus que proportionnellement à la demande, c'est à dire, d'après M. de Molinari, en progression géométrique.

En laissant de côté les enrichissements dus à la loi de la concurrence, en ne retenant que les cas qui constituent de véritables monopoles commerciaux ou industriels, il y aurait une action très légitime à exercer au nom de l'Etat pour revendiquer les bénéfices considérables dus exclusivement à des faits sociaux. « Supposez, dit Stuart Mill, qu'il existe une espèce de revenu, qui tende constamment à augmenter, sans effort ni sacrifice de la part de ceux qui en jouissent ; que ces propriétaires constituent dans la société une classe que le cours naturel des choses enrichit sans qu'ils fassent rien. Dans ce cas, l'Etat pourrait, sans violer les principes sur lesquels la propriété privée est établie, s'approprier la totalité ou une partie de cet accroissement de richesses, à mesure qu'il se produit. Ce serait à proprement parler, prendre ce qui n'appartient à personne, ce serait employer au profit de la société une augmentation de richesses créée par les circonstances, au lieu de l'abandonner sans travail à une classe particulière de citoyens... Je ne vois pas quelle objection on pourrait faire à une déclaration qui soumettrait à un impôt spécial toute augmentation de rente qui pourrait avoir lieu dans l'avenir (1) »

1. Stuart Mill., *Pr. d'Econ. polit.*, t. II, p. 373.

Le principe que Stuart Mill propose d'introduire dans la législation positive, existe déjà, en un certain cas, dans la législation française. La loi du 16 septembre 1807 sur les travaux publics, dispose dans plusieurs de ses articles que les propriétaires qui profitent d'une plus-value résultant de ces travaux, doivent payer à l'Etat une indemnité correspondante. Il est dit dans l'article 30 notamment : « Lorsque par suite de travaux déjà énoncés dans la présente loi, lorsque par l'ouverture de nouvelles rues, par la formation de places nouvelles, par la construction de quais, ou par tous autres travaux publics généraux, départementaux ou communaux, ordonnés ou approuvés par le gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité, qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis. » L'Etat n'a jamais voulu réclamer cette indemnité et on ne peut que le regretter. Mais son droit est certain. De même, dans une autre matière, et sous une forme tout à fait différente, l'Etat exerce un droit, dont le principe se rapproche de celui de la loi de 1807. Nous voulons parler de l'impôt foncier. Voici en effet comment cet impôt est expliqué par l'un des auteurs qui connaissent le mieux notre système fiscal : « Le propriétaire foncier, dit M. Leroy-Beaulieu, profite d'une sorte de collaboration des forces fécondes de la nature, qui lui donne généralement en plus du strict résultat de ses efforts et de l'intérêt du capital engagé par lui ou ses prédécesseurs, une sorte de *boni*, que les économistes contem-

porains appellent la rente de la terre. Le propriétaire doit donc à la société une redevance pour la concession que celle-ci lui fait d'une chose anciennement commune, d'une chose qui est douée d'une vertu productrice en quelque sorte spontanée, qui somme toute rend plus qu'on ne lui donne. L'impôt foncier peut être considéré comme un loyer payé par le propriétaire à la société pour l'usage d'une richesse, qui était primitivement commune, et qui est en quantité limitée (1). »

Ces considérations peuvent s'appliquer à la rente ordinaire résultant de toute possession de la terre. Mais quand il s'agit de la rente obtenue à l'occasion des terrains sis à proximité de travaux publics exécutés par l'Etat, et surtout quand il s'agit de la rente urbaine, il est clair que les propriétaires doivent payer plus que l'impôt foncier. Différents projets sont en ce moment à l'étude tant en France qu'à l'étranger, ayant tous pour objet d'assurer à l'Etat le bénéfice de la totalité ou d'une partie de ces rentes.

Notre intention n'est pas d'aller aussi loin. Il nous paraît tellement difficile de discerner, dans la pratique, ce qui constitue la part légitime du propriétaire et la part exacte qui devrait revenir à l'Etat, que nous renonçons à démêler ces comptes. Notre but était de démontrer d'une manière générale, que dans toute propriété privée il y avait une part due à l'action de la société, et nous avons réussi, dans un certain nombre de cas, à montrer cette part sous une forme

1. Leroy-Beaulieu, *Traité des finances*, I, p. 308.

concrète et visible. Cela nous suffit. Quant à déterminer cette part mathématiquement, et à la revendiquer au moment de sa naissance, une telle tâche nous paraît au-dessus de nos forces. Nous n'avons même pas la pensée d'inquiéter les propriétaires par la moindre action en reprise. Nous les laisserons, durant toute leur vie, jouir tranquillement des richesses qu'ils auront acquises. Mais quand ils auront cessé de vivre, quand leur fortune ira rejoindre des personnes qui y auront bien moins de droits que le bénéficiaire primitif, le moment nous semble venu pour l'Etat de demander un règlement de compte. Et nous ne voulons même pas que l'Etat exige des comptes rigoureux ni qu'en présence de personnes étrangères aux biens qu'elles recueillent, la société fasse valoir ses droits autrement justifiés que les leurs. Nous nous contentons d'une indemnité à forfait, d'une part modeste, inférieure à la part réelle, mais qui soit garantie à la société d'une manière certaine et générale. Nous voulons que l'Etat hérite avec les légataires ou les successeurs ab intestat. La proportion sera faible, très réduite en présence de parents rapprochés ; mais il importe que l'Etat la recueille à titre d'héritier. C'est un principe que nous voulons faire triompher, parce qu'il implique en lui la reconnaissance des droits légitimes de la société. Ce principe agit déjà en fait, comme nous l'avons montré au début de ce travail ; il est appliqué et accepté. Nous voulons lui rendre son véritable caractère, et au lieu de le pratiquer d'une manière détournée et subreptice, l'avouer hautement et franchement comme l'un des principes les plus

féconds et les plus importants de notre législation. Il faut que l'hérédité de l'Etat passe du droit public, où elle est dissimulée parmi la foule des impôts et où elle garde ce caractère haïssable qu'on attache encore aux règlements administratifs et fiscaux, dans le cadre plus élevé du droit civil, parmi les autres institutions fondamentales de notre société (1).

Avec le fonds ainsi constitué par l'hérédité sociale, l'Etat pourra exercer sur la société l'action la plus bienfaisante. S'il y a une attribution de l'Etat qui est allée de plus en plus grossissant sous l'impulsion des idées les plus nobles et les plus élevées de notre siècle, c'est assurément celle de l'assistance sociale. Les misères de plus en plus croissantes dans les sociétés rapidement progressives, les sentiments de solidarité humaine, qui se développent si puissamment dans les démocraties, nous ont imposé des devoirs plus grands envers les déshérités de ce monde. Comme le disait avec justesse M. Baudrillart, il faut que l'Etat ait du cœur. C'est à soulager les misères imméritées, à sauver l'enfance et la maternité, à apaiser les tourmentes sociales, que serviront les restitutions noblement faites par

1. Voici comment s'exprime à ce sujet M. Bluntschli dans le projet de Code civil qu'il a élaboré sur la demande du canton de Zurich, et qui a été adopté dans la plupart de ses dispositions :

« Mon intention, en conférant à la commune le droit de partager les successions avec les héritiers ordinaires, était de proposer non un impôt de succession au profit de la commune, mais de faire reconnaître et d'introduire dans la loi un véritable droit de succession au profit de la collectivité. La matière des impôts appartient au Droit public; ma proposition, au contraire, appartient au Droit civil et présente un intérêt purement privé » (*Privatr. Gesetzbuch f. d. Canton Zurich*, t. IV, p. 72).

les privilégiés de la fortune à la grande famille commune. On ne manquera pas de nous objecter, qu'en réclamant une part dans les bénéfices de ceux qui ont réussi, nous faisons abstractions des risques inhérents à toute entreprise et que nous laissons sombrer les entrepreneurs malheureux, sans partager les conséquences de leur insuccès. Cette objection est une raison de plus à l'appui de notre thèse. C'est précisément parce que nous avons à cœur d'adoucir l'amertume de ceux à qui la fortune n'a pas été propice, que nous demandons à ceux à qui elle a souri, de penser à la dette qu'ils ont contractée envers la société.

III

Les idées que nous venons d'exposer comme devant servir de base au droit futur, concordent pleinement avec la notion du devoir, telle qu'elle est conçue par la pensée contemporaine. Presque toutes les dispositions du droit positif ont revêtu, avant de pénétrer dans les lois, la forme de prescriptions morales, inspirées par la religion ou par la conscience philosophique. D'autres fois, en sens inverse, les commandements de la loi ont eu pour effet de faire naître des sentiments moraux qu'on pouvait abandonner, une fois établis, au libre arbitrage du for antérieur. C'est ainsi que le Droit et la Morale coopèrent à la même œuvre, se donnant alternativement l'impulsion l'une à l'autre, comme

les deux bras du levier par lequel la justice agit sur la conscience humaine.

Nous allons donc examiner quels sont dans les circonstances actuelles les devoirs du propriétaire au moment suprême de la mort. Ce sera encore rester sur le terrain juridique, puisque, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, c'est le principe du devoir que a inspiré les dispositions de notre loi successorale. Les rédacteurs du Code civil ont entendu que les citoyens en mourant, remplissent soit par testament soit par le règlement de la loi, qui est le testament présumé, tous les devoirs qui leur incombent envers la société.

Le premier de ces devoirs est celui du père envers ses enfants. Il leur a donné la vie ; il leur doit des moyens d'existence. Il leur doit surtout une éducation qui fasse d'eux des hommes utiles et pouvant se suffire à eux-mêmes. Il existe malheureusement une tendance fâcheuse, trop commune aux pères de notre temps, qui consiste à assurer aux enfants des héritages considérables. C'est là desservir leur véritable intérêt. L'espoir certain d'une fortune obtenue sans travail ne peut produire, sauf de rares exceptions, que l'oisiveté ou la dissipation. Ce n'est pas une grande fortune que les parents doivent à leurs enfants, c'est une forte éducation et les moyens de la faire valoir. Quand le service rendu par le père dépasse cette mesure, il va à l'encontre de son but et devient une cause d'affaiblissement pour la société. En Angleterre, où les cadets des familles obtiennent à peine le strict néces-

saire pour pouvoir tenter quelque entreprise, l'initiative individuelle et l'activité des citoyens est portée au plus haut degré. Un écrivain libéral, sir G. Campbell, exprimait la crainte que si tous les enfants obtenaient une part de la succession paternelle, l'armée fût dépeuplée et le commerce extérieur privé de son contingent le plus actif. Au dix-huitième siècle déjà, le docteur Johnson disait : « Le droit d'aînesse a au moins l'avantage de ne faire qu'un sot par famille. »

Le droit d'hérédité et la faculté de tester sont approuvés par l'Économie politique. Elle reconnaît dans le droit de transmission après décès, l'un des stimulants les plus actifs de la production. Si le père de famille n'avait pas la perspective de pouvoir transmettre ses biens après sa mort, comme il l'entend, il s'arrêterait à un certain moment dans son travail productif, et se contenterait de jouir en repos du temps qui lui reste à vivre. Au contraire, l'espoir de pouvoir transmettre ses richesses à des personnes de son choix, le retient dans la mêlée, tend de nouveau les ressorts de son activité, et la richesse générale s'en trouve considérablement accrue. C'est là le résultat que recherche la science économique. Quant aux prétentions de la famille et aux exigences des enfants, elle ne s'en préoccupe pas. Il lui est indifférent de savoir entre quelles mains passeront les biens du défunt, pourvu que le nouveau détenteur de la fortune en connaisse le prix et sache la faire valoir; c'est tout ce qu'elle demande. Or ces conditions ne se rencontrent que rare-

ment chez les enfants assurés d'un bon héritage. « Le droit de tester, dit M. Courcelle-Seneuil, est constitué pour développer les facultés et l'énergie du père de famille, et nullement pour conserver la famille dans tel ou tel état de richesse. Encore moins est-il destiné à faire que les enfants, quels que soient leur caractère et leur conduite, aient des droits contre leurs pères. La société n'a aucun intérêt à ce que les jeunes gens soient riches pour s'être donné la peine de naître; elle a plutôt un intérêt contraire, et si elle établit et conserve l'hérédité dans les familles riches, c'est plutôt en considération des pères que des enfants, afin d'encourager les créateurs et conservateurs de capitaux, et nullement pour favoriser d'inutiles consommateurs. Si l'on ne considérait que les enfants, on pourrait invoquer des arguments bien forts même contre l'hérédité (1). »

Loin de nous la pensée de refuser aux enfants tout droit sur la fortune de leurs parents. Ceux-ci, en leur donnant le jour, ont contracté envers eux l'obligation impérieuse de les faire vivre et prospérer. Cette obligation concorde avec l'affection naturelle gravée dans le cœur des parents. Mais il ne faut pas que l'affection dépasse de beaucoup l'obligation dont il s'agit et que les enfants s'habituent à demander comme un droit ce qui n'est que l'effet de la tendresse et d'une complaisance souvent excessive à leur égard. Les auteurs du Code civil ne leur reconnaissent aucun droit rigoureux de propriété sur les biens de leur père. L'héritage qu'ils recueillent

1. Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du Droit*, p. 481.

n'est qu'une libéralité et il importe dans leur propre intérêt que cette libéralité ne dépasse pas certaines limites. « On peut affirmer, dit Stuart Mill, que dans presque toutes les circonstances, on consulterait mieux les intérêts, non seulement de la société, mais des individus eux-mêmes, en léguant aux enfants une fortune médiocre plutôt qu'une fortune considérable. Cette vérité, qui est un lien commun chez les moralistes anciens et modernes est reconnue comme telle par un grand nombre de pères intelligents et serait mise en pratique bien plus souvent, s'ils ne se laissaient aller à considérer moins ce qui est réellement avantageux à leurs enfants, que ce qu'en pense le monde... Le père est obligé envers la société de s'efforcer de faire de son enfant un membre bon et utile de cette même société, et il est obligé envers ses enfants de leur donner, autant que cela dépend de lui, une éducation et des moyens d'existence qui puissent leur permettre de s'élancer dans la carrière avec une chance raisonnable de se créer, par leurs propres efforts, une vie heureuse. Tout enfant a droit à cela et je ne puis admettre qu'à titre d'enfant, il ait droit à rien de plus. Je conviens qu'il n'est rien dû de plus à un enfant, considéré simplement comme tel, que ce qu'on admet comme dû à un enfant illégitime (1). »

Ces considérations de Stuart Mill lui ont été inspirées par le spectacle que lui offrait la société anglaise et encore davantage la société américaine. Le droit d'aînesse, qui est le principe de la loi successorale en Angleterre, a habitué

1. St. Mill, *Pr. d'Ec. polit.*, I, p. 259 et suiv.

le plus grand nombre des fils de famille à ne compter que sur leurs propres efforts et à bâtir leur fortune de leurs propres mains. Ces habitudes, dues à une société aristocratique, se sont perpétuées et développées au milieu de la démocratie américaine. Chaque homme tient à être le fils de ses œuvres : la plus grande considération est accordée au *self made man*. Les pères de famille qui sont fiers d'avoir réussi et prospéré par leur initiative personnelle, tiennent à ce que leurs fils imitent leur exemple. Assez souvent lorsque le père arrive au seuil de la vieillesse, les enfants se trouvent déjà à la tête d'une fortune acquise par eux-mêmes. Aussi les pères n'hésitent-ils pas à léguer une partie de leurs biens, désormais inutiles à leurs enfants, à des institutions d'intérêt général, à des fondations philanthropiques qui doivent perpétuer leur mémoire parmi leurs concitoyens. La plupart des grands collèges d'enseignement, beaucoup de musées et de bibliothèques, de nombreux hôpitaux et autres institutions charitables sont dus à la générosité privée manifestée au moment de la mort. Voici quelques renseignements que nous fournit à ce sujet, un voyageur anglais, M. Lyell : « Les legs et donations magnifiques destinés à des projets publics de philanthropie ou d'éducation, forment un des traits frappants de l'histoire moderne des Etats-Unis, et en particulier de la Nouvelle-Angleterre. Non seulement il arrive souvent que de riches capitalistes laissent par testament une portion de leur fortune pour doter des établissements nationaux, mais des individus, pendant leur vie, accordent de riches dons en

argent pour la même destination. Il n'existe pas de loi obligatoire pour l'égale répartition des biens, comme en France, et d'un autre côté on n'y admet pas la coutume des substitutions ou le droit d'aînesse, comme en Angleterre, de telle sorte que *les gens riches se sentent libres de partager leurs fortunes entre leurs parents et l'Etat*. Les pères ont souvent le bonheur de voir tous leurs enfants bien pourvus et dans une position indépendante, longtemps avant leur mort. J'ai vu une liste de legs et de donations faits pendant les trente dernières années, au profit d'institutions religieuses, charitables et littéraires, dans le seul Etat de Massachusetts : ils ne s'élevaient pas à moins de six millions de dollars (30 millions de francs) (1). »

Voilà comment les Américains comprennent leurs devoirs envers la société. Ils sont à même d'apprécier les bienfaits de la société, parce que le temps n'est pas bien éloigné où ils l'ont créée par leurs propres et communs efforts. Ils savent à quels besoins elle répond, quelle est sa haute mission, et combien d'efforts elle exige pour s'établir et prospérer. C'est pour ces raisons que le sentiment de la communauté civile y garde toute sa fraîcheur et toute son intensité. En Europe, la routine des temps et les habitudes de tutelle administrative ont détaché nos esprits de la recherche du bien général. Chacun cherche à prospérer dans son coin, sans se préoccuper des intérêts multiples et quelquefois urgents qui sollicitent l'activité sociale en de-

1. Lyell, *Travels in America*, I, p. 263.

hors de la politique. Il ne faut pas oublier que la société est un être qui existe aussi bien que l'individu. Elle a ses lois et ses besoins, auxquels les individus ne peuvent se soustraire. Sa prospérité et sa force résultent de l'activité de ses membres, coordonnée en vue du bien général. Nous voulons bien que l'homme ne soit pas complètement une cellule sociale, parce qu'il est un être conscient et qu'il raisonne ses actions. Mais nous demandons d'autant plus que chaque individu se rende compte du rôle qui lui est attribué dans l'organisme total, de la dépendance où il se trouve par rapport au tout, et des devoirs que cette dépendance lui impose. Il n'y a pas de sentiment plus noble, ni plus élevé que celui qui exprime ce lien de l'homme avec la société. Le sentiment de la famille est tendre et profond, celui de la patrie est plus éclairé et plus élevé.

Aussi les moralistes cherchent-ils à faire pénétrer dans la conscience humaine cette vérité que la nation constitue, à côté de la famille naturelle une famille plus grande et plus élevée, qu'il faut aimer et servir comme la première. De même que nous devons rendre à nos enfants les bienfaits que nous avons reçus de nos propres parents, il est juste que nous nous montrions reconnaissants envers la société des services qu'elle nous a rendus. Il serait à souhaiter que la morale pénétrât les rapports de droit public comme elle a pénétré jusqu'à un certain point les rapports de droit civil. Car les corps vivent par leur âme, et les sociétés par les sentiments qui les animent. Il serait surtout à désirer que chaque citoyen

sentit bien que dans la sphère de son activité, il exerce une fonction sociale, dont les conséquences se répercutent sur d'autres existences. La propriété elle-même, toute individuelle et réservée qu'elle paraisse, a une fonction et des devoirs à remplir. « C'est une erreur aussi répandue que déplorable, dit M. Courcelle-Seneuil, que celle qui considère que le droit de propriété n'a nullement été constitué pour l'utilité sociale, qu'il a l'individu pour origine et fin (1). »

La richesse est le sang qui alimente le corps social ; par sa circulation, elle anime et active la production. La manière dont le sang circule à travers le corps n'est pas une question indifférente pour celui-ci ; qu'il y ait engorgement sur un point, l'inflammation se déclare et la gangrène peut infecter l'organisme tout entier. Mais la richesse n'a pas que des attributions matérielles ; elle a une mission plus élevée, celle de servir les intérêts moraux et intellectuels de la société et de mériter la reconnaissance par ses bienfaits. Comme la noblesse, richesse oblige. « Apprenons d'abord, dit M. Leroy-Beaulieu, l'usage vrai de la richesse : création du travail, elle ne doit pas être destinée à la satisfaction mesquine des vanités ou des fantaisies individuelles ; elle a un but plus noble et plus utile ; elle doit servir au développement intellectuel et moral de l'humanité. Ce doit être un instrument de puissance plus que de jouissance : elle doit enfanter des loisirs studieux et des fondations d'in-

1. Courcelle-Seneuil, *Traité d'Ec. polit.*, II, p. 358.

térêt général. Une société qui l'emploie à d'autres usages et qui la gaspille en vaines fantaisies et en grossiers plaisirs, est une société en pourriture. Elle pourra bien durer quelque temps encore avec les apparences de la vigueur, mais bientôt elle s'affaîssera d'elle-même, et tombera en proie aux parasites, qui s'en disputeront les lambeaux (1). »

« Chaque régime, continue le même auteur, a ses exigences et comporte un mode spécial de vie et de conduite. La démocratie, qui est notre système politique et civil, ne peut éternellement s'accommoder de nos habitudes futiles. La richesse au lieu d'exciter l'envie, doit chercher à mériter la reconnaissance. Autrefois combien étaient nombreux dans les sphères élevées ceux qui consacraient une partie de leurs revenus et de leur temps à des œuvres charitables, à la dotation d'églises ou d'écoles, à l'édification de monuments d'utilité publique ? Ces louables procédés, qui manifestaient dignement le rôle social de la richesse, sont depuis longtemps tombés en désuétude. C'est un des symptômes les plus graves de désorganisation. *Une société qui ne produit aucune fondation due à l'initiative des particuliers, est bien près d'être une société morte.* Et cependant que n'y a-t-il pas à faire pour accélérer la marche du progrès, pour relever le niveau de la morale publique, pour rétablir l'union entre les classes ? D'où vient que depuis près d'un siècle, il ne se soit fondé qu'une seule école, La Martinière (2) ? »

M. Leroy-Beaulieu est trop sévère pour notre société. Il

1. Leroy-Beaulieu, *La Question ouvrière au XIX^e siècle*, p. 305.

2. *Ibid.*, p. 306 et suiv.

convient de rappeler que si les fondations charitables ou philanthropiques dues à l'initiative privée ont été plus nombreuses dans les époques précédentes, c'est que l'Etat se déchargeait alors de ce soin sur les particuliers et que, depuis, les attributions de l'Assistance publique ont augmenté dans des proportions considérables. Cela explique les libéralités d'autrefois, mais ne suffirait pas encore à excuser l'indifférence dont on accuse notre époque. Or, il est juste de faire remarquer que notre société fait encore beaucoup pour la charité. L'initiative privée ne s'est pas perdue sur ce point. Faut-il rappeler l'œuvre de l'assistance des enfants abandonnés fondée avec tant de succès par M. Georges Bonjean, les œuvres aussi nombreuses qu'utiles des congrégations religieuses, les établissements d'instruction fondés par l'enseignement libre, les œuvres des consistoires israélites, dont M. Maxime du Camp a fait un si magnifique éloge ? Rien que dans le courant d'une année on peut citer trois actes philanthropiques, tels que le Dispensaire de Versailles fondé par M^{me} Furtado-Heine, l'admirable testament de M^{me} Boucicaut, et la donation, sans précédent, de 50 millions faite par M. le baron de Hirsch au profit des Israélites d'Orient. On compte les dons et les legs destinés aux institutions religieuses ou charitables à 30 millions par an. Ce chiffre ne comprend que les donations déclarées et connues par l'Etat. Il faut compter, en réalité, au moins 100 millions par an (1).

1. Leroy-Beaulieu, *Répartit. des richesses*, p. 486.

Cependant, il faut le reconnaître, ces libéralités ne sont dues, pour la plupart, qu'au sentiment religieux et s'adressent généralement à des coreligionnaires. Sauf de rares et éclatantes exceptions, la philanthropie pure et non démonstrative ne fait pas ce qu'elle devrait faire. Le sentiment de la solidarité humaine semble s'effacer de nos cœurs, la notion du devoir tomber dans l'oubli.

La société chrétienne, il faut lui rendre cette justice, avait autrement compris les devoirs de l'homme envers la communauté. L'Eglise s'était constituée en tutrice des pauvres, et constamment, aux grandes heures de la vie, elle faisait appel à la pitié en faveur des malheureux. Presque toute la morale se résumait dans le devoir de charité : Faites des aumônes, et vos péchés vous seront remis; donnez et il vous sera donné. » Cet appel résonnait surtout au chevet des mourants; les fidèles ne quittaient pas ce monde avant d'avoir consacré une partie de leur fortune aux œuvres pies et aux fondations bienfaisantes. L'Eglise, il est vrai, a abusé du dépôt dont elle s'était chargée; on sait l'usage qu'elle a fait du patrimoine des pauvres. Cette conséquence était fatale, puisqu'aucun contrôle supérieur n'existait sur les actes de l'Eglise; comme tous les corps fermés et indépendants, elle a cédé à la tentation d'abuser de ses droits. Mais le principe en vertu duquel elle agissait, était noble et humain; il donnait la plus haute expression à ce sentiment de solidarité sociale que les religions sont si puissantes à développer. Sous le règne de l'Evangile, l'humanité s'était sentie comme une seule famille, et les fils du même Dieu

étaient bien près de se traiter en frères. L'action dissolvante de l'analyse philosophique a émoussé ces sentiments et brisé le lien. C'est là le mauvais côté du progrès. Aujourd'hui, la morale purement civile ne paraît pas plonger des racines bien profondes dans les consciences privées ; la solidarité nationale ne se manifeste que dans des limites étroites et à des intervalles éloignés. Il importe pourtant à un haut degré que nos sociétés, si étendues, présentent une cohésion plus forte, et reposent sur des bases autrement solides que la notion de l'intérêt commun plus ou moins bien entendu. Les collectivités ne se maintiennent que par une force plus profonde et plus énergique, le sentiment. Les citoyens d'un grand pays doivent comprendre qu'ils forment autre chose qu'une caserne ou un caravansérail ; ils forment une famille, dont la première loi est la fraternité. Les différentes classes de la société doivent se pénétrer, agir les unes sur les autres, s'assister fraternellement, pour que la patrie puisse accomplir sa haute destination. Les agglomérations humaines demandent une religion qui les rallie ; puisque les cultes puisés dans la notion de l'au-delà impénétrable se refusent à notre raison, cherchons au moins dans les sublinités de ce monde, dans la grandeur morale de notre mission, de quoi relever les âmes et par quoi rattacher les cœurs.

L'Église avait donc admirablement compris les nécessités d'une grande société, en rappelant aux mourants les devoirs qui leur incombait à l'égard de leurs concitoyens moins fortunés. Tous les fidèles devaient tester *ad pias causas*, ou

en faveur des institutions d'utilité publique. Le testament était devenu l'instrument de la bienfaisance sociale. Dans un autre milieu, et dans un esprit tout différent, les citoyens de la libre Amérique ont soin de disposer d'une partie de leur fortune au profit du bien général. Pourquoi les Français n'imiteraient-ils pas ces exemples? Pourquoi dans toute succession, une portion de l'héritage ne serait-elle pas réservée aux besoins de la collectivité? L'intérêt véritable des héritiers ne pourrait qu'y gagner, et la société y gagnerait doublement.

Il aurait été bien à désirer que de pareilles dispositions s'établissent par l'effet des mœurs; mais puisque le sentiment du devoir à lui seul se montre impuissant, convient de le fortifier par la sanction légale. C'est là une de ces circonstances, où la Morale doit devenir le Droit. Il convient de faire dans cette matière ce que le législateur a déjà fait pour les droits de la famille naturelle. Ces droits ont été reconnus par ce qu'on a appelé le testament présumé du défunt, qui persiste même en présence d'un testament exprès et contraire. La même sanction doit être accordée aux droits de la société. La part que l'Etat prélèvera sur les successions des particuliers sera aussi un *legs présumé* au profit de la collectivité. De cette manière on ne fera que compléter l'œuvre du législateur de 1804, en faisant entrer dans le cadre de la loi successorale, l'ensemble des devoirs du citoyen au dernier moment de sa vie. Le principe posé par les auteurs du Code civil sortira alors son plein et entier effet. Il est à

espérer aussi que lorsque les nouvelles dispositions de la loi seront entrées dans les habitudes des particuliers, de nouvelles mœurs s'établiront à cet égard, et la conscience sociale se sera enrichie d'un sentiment moral nouveau : le devoir philanthropique des mourants.

IV

Nous venons de voir que la contribution aux œuvres de solidarité et d'assistance sociales était le devoir des riches ; nous montrerons que c'est aussi leur intérêt bien entendu et urgent. Les devoirs envers la société ont des sanctions sociales, dont la rigueur se fait sentir plus tôt ou plus tard, mais sans rémission aucune. L'avenir n'est pas riant pour les classes qui possèdent, et il se peut qu'avant qu'elles n'avisent, la justice immanente qui est dans le développement de l'histoire, vienne leur infliger une expiation qu'elles auront méritée pour l'avoir laissé se produire.

M. Gladstone a appelé le xix^e siècle le siècle des ouvriers. Malgré une exagération évidente, cette formule exprime très bien l'importance capitale que la question du travail a prise de nos jours ; c'est elle assurément qui marquera de son empreinte la fin de ce siècle. Personne ne contestera la gravité de la question ouvrière ni les dangers particuliers qu'elle présente depuis la propagation des doctrines socialistes. Les classes laborieuses se trouvent dans un état d'infériorité qui leur pèse de plus en plus, et en même

temps elle disposent de droits politiques qui leur permettront un jour de jeter le poids de leur nombre dans la balance des intérêts publics.

Au lendemain de la Révolution après le triomphe du Tiers-Etat, on se flattait d'avoir établi l'équilibre définitif de la société, parce qu'on avait proclamé la liberté civile dans les lois. C'était une grande illusion ; on n'avait envisagé que les généralités abstraites de l'existence collective, et non le groupement des forces réelles et des intérêts positifs de la nation. On ne pouvait pas surtout prévoir que la révolution politique serait suivie d'une révolution économique, qui ramènerait l'inégalité dans la société, en reconstituant de nouvelles classes fortement opposées. La découverte des machines a agi au commencement de ce siècle, comme celle de la poudre à la fin du quatorzième. De même que les armes à feu, d'un maniement plus difficile et n'exigeant pas la force musculaire, ont mis fin à la chevalerie et aux milices locales, pour inaugurer le système des armées disciplinées et permanentes ; de même les nouveaux engins de production, incomparablement supérieurs à la main-d'œuvre naturelle, ont déprécié le travail manuel et donné la prépondérance aux possesseurs du nouvel outillage industriel. Les travailleurs, expropriés subitement de leurs attributions antérieures, se sont trouvés d'un coup ne plus représenter qu'une quantité à peu près négligeable dans la masse des forces sociales, alors que les détenteurs des machines et les capitalistes qui pouvaient en défrayer le fonctionnement, se sont vus placés à la tête de la

nouvelle société. C'est ce qui a fait que, suivant l'expression de Michel Chevalier, la première moitié du Tiers-Etat a seule pu profiter des grands changements produits par la Révolution et par le progrès de l'industrie nouvelle.

« L'avènement de la grande industrie et de la concurrence, dit M. de Molinari, a été particulièrement favorable à la classe qui possède et dirige les entreprises industrielles commerciales et agricoles, ou qui les alimente de ses capitaux. Les entreprises de tout genre ont décuplé en nombre et en importance, la demande des capitaux a reçu une impulsion extraordinaire, en même temps que s'accroissait aussi la demande des capacités intellectuelles pour diriger la mise en œuvre d'un matériel perfectionné. Or la classe moyenne a eu, pendant la première période d'incubation de la grande industrie, le monopole des uns et des autres... C'est la classe moyenne qui a accaparé la plus grande part de la richesse créée par la nouvelle *machinery* de la production. Elle s'est agrandie et enrichie au point d'acquérir une influence prépondérante dans les États qui tiennent la tête du mouvement industriel; après être entrée en partage du pouvoir avec les anciennes corporations, elle les a dissoutes, et elle travaille aujourd'hui à se mettre à leur place. »

En revanche « la multitude qui vit de son labeur quotidien n'a point vu sa condition s'améliorer, à beaucoup près, dans la même proportion; peut-être même a-t-elle commencé par souffrir plus des changements occasionnés qu'elle n'en a profité. Les causes qui l'ont empêchée de prendre sa quote-part légitime et nécessaire dans l'augmen-

tation générale de la richesse sont de plusieurs sortes(1). » Et le savant directeur du *Journal des Economistes* énumère ces causes comme suit : 1° le nouveau mode de l'industrie, ayant modifié à l'avantage du capital, la proportion du capital et du travail nécessaires à la production une partie du personnel de l'ancienne industrie est devenue inutile. L'ouvrier perdait de plus le bénéfice de l'apprentissage de l'ancien métier. 2° L'instabilité de nouvelles entreprises, dont les ouvriers ont plus souffert que les capitalistes ; 3° la suppression de l'ancien régime de tutelle avant que l'ouvrier ait acquis la capacité voulue pour le régime de la liberté. 4° l'impossibilité d'épargner résultant de cette incapacité et de l'abus des liqueurs fortes. 5° La disproportion absolue entre les épargnes de l'ouvrier et les sommes nécessitées par les entreprises nouvelles. 6° L'inégalité de situation de l'ouvrier et du capitaliste dans le débat du salaire. Celui-ci dispose du temps et de l'espace ; l'autre dénué de moyens et pressé par le besoin, ne peut ni attendre, ni se transporter ailleurs, et doit forcément accepter les conditions de l'entrepreneur. « On exige, dit l'auteur que nous citons, un maximum de travail dépassant les forces de l'ouvrier et on lui accorde un minimum de subsistance insuffisant pour le nourrir. » 7° Le service militaire et les impôts de consommation dont la proportion est aussi lourde pour les classes laborieuses que pour les classes aisées. A ces causes générales, on peut encore ajouter

1. De Molinari, *L'évolution économique du XIX^e siècle*, p. 352 et suiv.

des causes particulières, les fraudes que des patrons ne se font scrupule d'exercer à l'égard de leurs ouvriers : l'abaissement des tarifs à la suite de perfectionnements dus à l'habileté des ouvriers, le travail à la tâche servant à réduire le salaire, et surtout l'usage abusif des apprentis. Pour un apprentissage, qui ne demanderait que quelques mois ou un an tout au plus, les patrons emploient des jeunes gens pendant six ans et davantage, sans aucune rémunération, uniquement pour faire concurrence aux ouvriers salariés (1).

De plus, la loi de la concurrence est devenue entre les mains des capitalistes une arme terrible pour les ouvriers. Elle les amène forcément à se nuire les uns aux autres, en dépréciant le travail et en se livrant à la merci de l'entrepreneur. Et cela ne se comprend que trop dans une société mise en poussière par l'individualisme, où la poursuite immodérée du gain, l'avidité sans frein et sans scrupule deviennent le principal moteur public. Chacun cherche son bien où il le trouve, et il ne cherche que cela n'importe à quel prix. Exploiter les faibles, surprendre les inoffensifs, arracher des bénéfices usuraires, c'est le commencement de la sagesse commerciale et industrielle. « Pourquoi, demande M. de Molinari, pourquoi l'homme guidé par les notions de la morale individuelle, ne s'enrichirait-il pas en abusant de l'ignorance ou de la bonne foi d'autrui, en trompant sur la valeur d'une entreprise, sur la

1. Leroy-Beaulieu, *La Question ouvrière*. p. 321,

qualité d'une marchandise, etc? Sans doute cette manière d'agir porte atteinte à l'intérêt d'autrui, mais que lui importe? Qui est-ce qu'autrui? Autrui se compose d'une masse confuse d'êtres qui lui sont pour le grand nombre aussi inconnus et aussi indifférents que s'ils habitaient une autre planète. Entre son intérêt et celui de ces inconnus il n'hésite pas et chaque fois qu'il trouve quelque avantage à empiéter sur le domaine d'autrui, il pousse en avant et s'il s'arrête, ce n'est pas devant la limite de son droit, mais devant la limite de son pouvoir (1). »

Ces pratiques sont la conséquence extrême du principe de libre concurrence prôné par l'économie politique. Elles ont trouvé encore un regain de succès et des encouragements précieux depuis que la philosophie individualiste a transporté dans le monde social la théorie de la sélection, qui vient de triompher dans les sciences naturelles. La théorie darwinienne n'est au fond qu'une application au monde animal des idées économiques de Malthus; c'est par la concurrence des individus et des espèces dans la lutte pour l'existence qui donne la victoire aux plus forts ou aux plus résistants que Darwin est arrivé à expliquer la formation et la transformation des espèces animales. C'est alors qu'on a cru comprendre toute la portée de la loi de la concurrence, et on l'a appliquée, avec toutes les conséquences que lui donnait son nouveau caractère zoologique, à l'organisation des sociétés humaines. La liberté, dont les rêveurs

1. De Molinari, *ibid.*, p. 156.

du dix-huitième siècle s'étaient fait un si noble idéal, la liberté doit servir à déchaîner les forces individuelles afin que, dans la lutte meurtrière pour l'existence, les forts triomphent des faibles, et restent seuls à reconstituer une humanité plus vigoureuse et plus active. Laissez les forces s'entrechoquer, la nature saura reconnaître les siens. Tant pis pour les victimes ; leurs cendres serviront à faire renaître le phénix d'une nouvelle humanité, qui réalisera le bonheur parfait sur la terre.

« En attendant cet état, dit M. Herbert Spencer, l'apôtre de cette doctrine, le bien-être de l'humanité existante et le progrès vers la perfection finale sont assurés l'un de l'autre par *cette discipline bienfaisante, mais sévère, à laquelle toute la nature animée est assujettie ; discipline impitoyable, loi inexorable, qui mènent au bonheur, mais qui ne fléchissent jamais pour éviter d'infliger des souffrances partielles et temporelles. La pauvreté des incapables, la détresse des imprudents, le dénûment des paresseux, cet écrasement des faibles par les forts qui laisse un si grand nombre dans les bas-fonds de la misère* » (1). Faut-il croire que les travailleurs contemporains sont tous des incapables, des imprudents et des paresseux, condamnés par leur état de faiblesse relative à succomber en vertu des décrets d'une bienveillance immense et prévoyante ? Ce serait de la férocité et de la folie ! Mais en admettant

1. Herbert Spencer, *L'individu contre l'Etat*, trad. I. Gerschell, p. 100,

même qu'il y ait parmi eux un grand nombre d'incapables et de paresseux, ceux-là ne le sont-ils pas devenus par suite de la situation qui leur est faite ? Est-ce que journellement on ne voit pas des générations d'ouvriers, robustes à leur naissance, s'étioler dans les fabriques de coton ou dans les mines, s'affaiblir par le travail précoce, s'anémier par une nourriture insuffisante, pour tomber au rebut comme les déchets d'une machine, ou pour procréer des générations plus faibles qu'eux-mêmes ? Est-ce une loi de la nature qui veut que ces hommes robustes, la sève de la nation, deviennent au bout de quelques années, par suite du régime industriel d'un moment, un peuple d'invalides et de cachectiques, marqués au front pour l'extermination finale ? Mais c'est nous, qui manions cette loi naturelle, pour notre profit et notre plaisir, nous, les plus faibles, contre des êtres qui triompheraient, s'ils suivaient les lois de la nature sauvage. Non, disons-le pour l'honneur de l'humanité, les lois naturelles découvertes par Malthus et par Darwin sont les lois de la vie animale. La société et la civilisation sont destinées à nous élever au-dessus de la bestialité de notre origine.

Les lois fondamentales de la vie et des espèces animales se transforment en passant dans le règne plus élevé de l'humanité policée. Est-ce que les lois primordiales de la physique et de la chimie, seules dominantes dans le monde inanimé, ne subissent pas des modifications profondes, des perfectionnements merveilleux en passant, plus complexes et comme transformées dans le monde

organique? Les lois biologiques ne sont pas simplement des lois chimiques ou physiques; ou, si l'on veut, elles le sont à un degré incomparablement supérieur. Il en est de même des lois de la vie sociale, infiniment plus complexe et plus élevée que celle des organismes individuels. Celui qui voudrait appliquer à ces formations supérieures les règles de la sélection darwinienne, commettrait la même erreur que le médecin qui voudrait traiter son malade par des expériences de laboratoire, en cherchant à combiner des acides et des bases dans le sang d'un être vivant. « Dans une société civilisée, disait excellemment M. Jules Ferry dans un débat à la Chambre des députés, il ne peut y avoir lutte pour la vie; il peut y avoir lutte pour le développement du bien-être matériel, mais non pas pour l'existence (1). »

Les doctrines individualistes et la loi de la concurrence sans limites n'ont pas encore constitué une race destinée à régénérer l'humanité, mais elles dégradent et exterminent une race qui ne demande qu'à rester forte et robuste. Les partisans du régime de la grande industrie affirment que la condition des travailleurs est devenue meilleure qu'elle n'était autrefois, et que l'emploi des machines leur a été plutôt favorable que funeste. Un voyageur anglais nous racontait dernièrement que dans une grande fabrique de coton du nord de l'Angleterre, le chef de la fabrique avait voulu introduire un nouveau système de ventilateur destiné à chasser la poussière de coton si nuisible pour la poitrine des

1. *Journal officiel* du 1^{er} février 1885, p. 249

ouvriers. Ceux-ci firent des démarches auprès du patron, pour qu'il abandonnât son projet : « Cela nous donnerait trop d'appétit », dirent-ils. Mais qu'on nous permette de citer un assez long passage de M. Henry Fawcett, membre de la Chambre des Communes et professeur très distingué d'économie politique à l'Université de Cambridge ; on y verra le tableau exact du pays classique de la grande industrie :

« Nous sommes accoutumés à entendre exalter la richesse de l'Angleterre. On nous dit que nos exportations et nos importations augmentent rapidement ; on fait des descriptions brillantes de notre empire, où le soleil ne se couche jamais, et de notre commerce, qui s'étend sur le monde entier. On nous cite les preuves évidentes d'un luxe croissant ; on voit plus de brillants équipages dans les parcs, et le train de la vie devient tous les ans plus somptueux. Cela, c'est un côté du tableau ; et si nous pouvions le regarder en fermant nos yeux à d'autres vues, nos oreilles à d'autres sons, que ceux qui nous viennent de près, nous pourrions nous draper dans le manteau de la complaisance et répéter les platitudes si souvent rabâchées suivant lesquelles rien ne peut dépasser le bonheur et la prospérité de l'Angleterre. Mais regardons l'autre côté du tableau, et que verrons-nous ? Tout à côté de cette immense richesse, intimement uni à tout ce luxe corrompu, le spectre effrayant d'une pauvreté largement étendue, et d'un paupérisme constamment croissant. Visitez les grands centres de notre commerce, et que verrez-vous ? La pauvreté la plus hideuse accompagnant toujours

la plus grande opulence. Quiconque visite Manchester ou Liverpool, contemple avec admiration les proportions gigantesques des manufactures, la suite des docks remplis de navires, s'étendant sur plusieurs milles; les principales rues sont larges; les magasins contiennent tout ce qui peut satisfaire le goût du plus riche; les marchands vivent souvent sur un pied princier, et pratiquent une hospitalité éclatante. Mais à quelques pas de ces docks, de ces manufactures, de ces larges rues, on trouvera de misérables ruelles et des cours étroites, où des hommes mènent une existence plongée dans une misère et une détresse, qui défient toute description. Il est des milliers de maisons où tous les membres d'une famille vivent dans la même cave sombre et malsaine; il en est ainsi pour une portion considérable de la population de nos grandes villes; père, mère et enfants logent ensemble dans une même chambre...

« La condition de la population rurale est à peine plus satisfaisante. Une commission royale a fait dernièrement une vaste et minutieuse enquête sur la condition de ceux qui sont employés dans l'agriculture. Il nous suffira de dire qu'il a été prouvé au delà de toute contestation que dans un grand nombre de comtés, les laboureurs gagnaient seulement 9 à 10 shillings par semaine; dans bien des districts leurs enfants ne pourraient pousser dans une plus grande ignorance que si l'Angleterre avait perdu son christianisme et sa civilisation. Les maisons dans lesquelles dans bien des cas, ils sont forcés de demeurer, ne méritent pas

le nom d'habitations humaines. Un gentilhomme de campagne serait honni par ses voisins s'il lui arrivait de remiser ses chevaux ou d'enfermer ses chiens dans des huttes aussi misérables.

« Ce n'est pas une atténuation, mais, au contraire, une aggravation d'un pareil état de choses, si l'on rappelle que le sol n'a jamais été aussi bien cultivé, que plus de travail et de capital sont consacrés à l'agriculture, que la valeur de la terre augmente tous les ans, que la concurrence pour les fermes est très vive, et que la rente s'élève rapidement... Par un rapport officiel, qui vient de paraître, nous apprenons qu'actuellement il y a une augmentation annuelle de 10.000.000 livres sterling dans le commerce d'exportation et d'importation de ce pays. A la suite de ce rapport, la presse félicita chaleureusement le pays pour son état prospère. Le même jour où ces félicitations parurent, une lettre fut écrite à l'un des principaux journaux de Londres (le *Times*) par le vicaire d'une paroisse de la capitale, contenant les faits suivants : « La fièvre, et particulièrement la fièvre scarlatine, sévit beaucoup. Dans une cour de onze maisons seulement, il y a cinq cas ; dans une ruelle, qui la borde, dix-huit. Ce ne sont que des exemples de ce qu'on peut trouver dans la paroisse. C'est généralement l'effet de la misère. Un ouvrier ferblantier, dont les enfants ont été l'année dernière dans nos écoles, se trouve sans travail depuis dix-huit mois ; deux de ses enfants ont été enterrés dans la même fosse il y a quelques jours, et maintenant un troisième est à la mort. Un autre ouvrier, charpentier, a

cherché vainement du travail pendant des mois. La vue de son intérieur désolé et de ses enfants sans pain, était plus qu'il ne pouvait supporter ; il a quitté la maison et, à en juger par une étrange lettre qu'il a laissée derrière lui, il a dû se suicider. Sa femme et ses petits enfants n'ont rien que le peu qu'ils peuvent gagner avec un calandre. Un autre ouvrier, d'une habileté exceptionnelle, épris de lecture et parfaitement ferme et sobre, a été littéralement terrassé par une anxiété et une détresse prolongées. Les espérances toujours déçues, les occasions de gagner son propre pain et celui de sa famille lui échappant constamment, cela a été au-dessus de ses forces, et il est maintenant dans un asile d'aliénés... Je pourrais multiplier ces exemples ; avec la fièvre qui sévit, nous avons besoin de plus qu'un peu de thé faible et de pain bis pour les maintenir en santé... La paroisse est habitée exclusivement par des pauvres (1). »

Assurément, la misère est moins grande en France. Grâce à la Révolution française, le paysan est propriétaire, et sa condition est fort au-dessus de celle des autres populations agricoles. Mais, pour les ouvriers de la grande industrie, la situation n'est pas de beaucoup meilleure qu'en Angleterre. Dans les grandes exploitations minières du Nord, dans les mines du Gard et de l'Aveyron, on trouve des souffrances non moins poignantes. A Paris même, il y a des quartiers qui n'ont rien à envier à ceux de Manchester ou de Liverpool. M. le comte d'Haussonville, dans son

1. H. Fawcett, *Pauperism, its causes and remedies*, p. 1 et suiv.

remarquable ouvrage sur « la Misère et ses remèdes » établit que le nombre des pauvres est plus grand à Paris qu'à Londres. En effet, le nombre des indigents à Paris, était en 1884, de 123.324 sur une population de 2.269.023 habitants. A Londres, le nombre des indigents était, à la même époque, de 99.435 indigents sur 3.816.483 habitants. Ce qui donne 1 indigent par 18,4 habitants à Paris, et 1 indigent sur 39,4 habitants à Londres (1).

On peut voir dans l'ouvrage de M. d'Haussonville le tableau des misères navrantes que l'on rencontre à Paris. Voici aussi dans quels termes M. Allemane, délégué d'un groupe ouvrier, déposait devant la commission parlementaire instituée en 1885 pour faire une enquête sur la condition des ouvriers de l'industrie et de l'agriculture. « J'ai vu, disait-il, de mes yeux vu, des familles entières, hommes, femmes et enfants, coucher dans des chambres, où il n'y avait pas de place pour s'asseoir, où il n'y avait qu'un petit espace ménagé entre les lits pour pouvoir aller se coucher ; et ces gens vivent pêle-mêle, comme des animaux. Nous sommes en pleine sauvagerie. Et si vous en doutez, il y a certains passages dans le dix-neuvième arrondissement, que je vous conseille de visiter, et vous verrez si j'exagère, si j'assombris le tableau (2). »

Dans sa déposition devant la même commission, M. Ch. Quentin, alors directeur de l'Assistance publique, établis-

1. Le comte d'Haussonville, *Misère et Remèdes*, Paris, 1886, p. 24.

2. *Enquête parlementaire sur la situation des ouvriers de l'industrie et de l'agriculture en France*, p. 145.

sait qu'en 1883 le chiffre des abandons d'enfants était monté à 3.151, dont 560 enfants nés en légitime mariage. Il a fallu une misère bien grande pour que des parents consentissent à perdre leurs enfants légitimes sans espoir de les retrouver.

Dans les fabriques, on exige des ouvriers le plus de travail qu'on peut en obtenir pour des salaires qui suffisent à peine à les faire vivre. Cela est visible surtout depuis que les sociétés anonymes se sont substituées aux patrons d'autrefois. « M. Dubuisson, l'excellent inspecteur départemental du travail des enfants, disait devant la même commission : « Autrefois des liens sympathiques s'établissaient forcément entre le patron et l'ouvrier ; le patron devenait pour l'ouvrier un protecteur tout autant qu'un maître ; dans les moments de chômage, il le gardait quand même, ou tout au moins, il lui conservait sa place et le secourait. Tout cela change avec la société anonyme et le syndicat. La société anonyme n'a plus rien d'humain ; c'est un être impersonnel qu'on n'arrive que à toucher. Le directeur, qui la représente, n'est pas libre de se laisser aller à ses bons sentiments ; il a à sauvegarder, avant tout, l'intérêt de la société. Dès lors les relations entre le capital et le travail prennent de plus en plus un caractère impitoyable et fatal. Le lois économiques règnent sans partage. Entre elles et le travailleur, il n'y a plus rien pour amortir le choc. Le travailleur est écrasé (1). »

1. *Enquête parl. s. la situat. des ouvr. de l'ind. et de l'agricult. en France*, p. 309.

2. *Ibid.*, p. 296.

Et un autre déposant, M. Pataud, concluait en ces termes :

« Le directeur d'une société en commandite ne connaît pas ses ouvriers ; ceux-ci sont pour lui des machines à gagner de l'argent (1). »

Que peuvent faire les ouvriers dans les conditions que nous venons de voir ? Ils s'aigrissent contre leurs patrons et contre la société ; l'amour du travail fait de plus en plus défaut ; le goût du métier se perd par suite du travail automatique qui leur est imposé ; les rancunes et les haines prennent le dessus sur leurs bons sentiments, et l'esprit de révolte s'empare de plus en plus de leurs âmes. L'instruction qu'on se plaît à répandre parmi eux, forcément incomplète et insuffisante, ne sert qu'à préparer des arguments contre la société. Ils s'habituent à raisonner à tort et à travers et à s'emplir l'esprit des conceptions utopiques du socialisme révolutionnaire. Ce qu'on a trouvé de plus efficace contre l'expansion de ces doctrines, c'a été de prêcher aux populations misérables le dogme de l'économie politique et les grands principes de persévérance et d'épargne, qui sont les vertus théologiques du catéchisme économique : « Soyez sages, leur dit-on, prévoyants et économes ; le capital est une grande puissance, indispensable à la production ; mais il se forme lentement par une accumulation de tous les jours et des privations de chaque instant ; le capital est la récompense

1. *Enquête, etc.*, p. 134.

de l'abstinence. Soyez sobres dans vos besoins, exacts dans la conduite de vos affaires, tempérants malgré le mauvais exemple. Ne faites pas plus d'enfants que vous ne pourrez nourrir ; assurez-vous , par des prélèvements réguliers sur vos salaires, contre les dangers de chômage, d'accident, de maladie ou de mort. Le succès n'appartient qu'à la prévoyance et à la persévérance. Prévoyez et persévérez, et vous serez sauvés. » Ces exhortations sont très édifiantes et procèdent d'un bon naturel ; mais elles ne peuvent rien pour l'ouvrier qui se débat dans la misère et subit un combat inégal contre des forces supérieures qui l'écrasent. Comment ! on s'accorde à reconnaître que les travailleurs sont, par suite de l'état où ils se trouvent, incapables de se conduire eux-mêmes, livrés sans défense aux mauvaises tentations, dépourvus de l'éducation morale qui fait la force des classes élevées, et l'on veut qu'ils réunissent toutes les vertus les plus difficiles à acquérir ? Mais, à ce compte, nous connaissons peu de bourgeois qui seraient dignes d'être ouvriers. Les gens fortunés pratiquent-ils ces vertus ? Prêchent-ils d'exemple à ceux qu'ils sermonnent avec tant de complaisance ? Font-ils ce qu'ils demandent aux autres de faire ?

Nous allons citer, à ce sujet, un très intéressant passage de M. Leroy-Beaulieu :

« La véritable notion de la richesse et de son usage s'est éteinte. On s'est habitué à ne plus voir dans la fortune qu'un moyen de jouissance et une satisfaction de vanité. La société française est devenue une société de parvenus

et d'aventuriers, dont le seul but est de s'éclipser les uns les autres et d'exciter l'envie publique. Toutes les ressources des particuliers se sont tournées vers le luxe extérieur. On a tout sacrifié à la splendeur des vêtements, des équipages et des mobiliers. Le *monde* n'est plus à Paris qu'une collection de bourgeois gentilshommes, ayant tous les travers d'esprit, toutes les fautes de conduite de M. Jourdain, avec beaucoup plus de corruption de cœur. La plupart des familles aisées ont pris des habitudes nomades, affluant vers les grandes villes et vendant leurs biens de campagne héréditaires. L'éducation de la jeunesse a été d'une nullité déplorable. La plupart des enfants auxquels le labeur des générations antérieures assuraient quelques centaines de mille francs de fortune à venir, étaient élevés avec un laisser-aller et une négligence criminels, habitués à la pensée de vivre sans efforts et sans travail, de consumer leurs jours dans l'oisiveté et le plaisir. Ainsi les mœurs des classes aisées avaient perdu en Europe, et particulièrement en France, la dignité, le sérieux et la simplicité.

« Que les populations ouvrières aient été affectées de la contagion du mal, qui pourrait s'en étonner ? On les accuse à bon droit d'ivrognerie, mais que font sur nos boulevards ces lignes de cafés regorgeant d'oisifs et de buveurs d'absinthe, qui envahissent la chaussée ? On leur reproche de l'inconduite et de l'immoralité. Mais qui nourrit ces courtisanes élégantes, dont le luxe effronté s'étale sur nos promenades et dans nos théâtres, et dont

les noms sont répétés et prônés avec une sorte de déférence par les journaux de salon ? On les accuse encore de paresse et de manque d'assiduité aux ateliers. Mais ces légions de promeneurs de boulevard, où sont leurs occupations ? On les blâme d'être révolutionnaires. Mais tous ces avocats et écrivains de haute volée, censeurs et moralistes austères, impitoyables redresseurs de torts, ne font-ils pas, eux aussi, des coups de main pour se transformer subitement en *Excellences* ? Ouvrons les yeux et avouons nos fautes. La population ouvrière des grandes villes n'a d'ordinaire devant elle que des exemples corrompteurs. Son plus grand crime est d'être trop prompte à imiter ces classes opulentes qu'elle envie. Il est facile de se transformer en Salluste et de déclamer contre une immoralité qu'on partage et qu'on a contribué à créer (1) ».

Ce mauvais exemple sert aux ouvriers comme un argument de plus en faveur des modifications qu'ils réclament dans la loi. Ils trouvent que la société est plus que mûre pour une refonte totale ; elle est pourrie. Devant le spectacle des turpitudes des classes élevées, sous la morsure du paupérisme, qui les poursuit comme une malédiction, ils se sont mis à rêver d'une régénération du monde. D'un bout à l'autre de l'Europe, en Amérique, jusque dans les rizières de l'Inde et de la Chine, un grand cri s'élève implorant l'avènement de la justice sur la terre. » L'Être suprême, dit le statut d'une société fraternelle de la Chine, l'Être suprême n'a pas voulu

1. Leroy-Beaulieu, *La Question ouvrière*, p. 300 et suiv.

que des millions d'hommes fussent condamnés à être les esclaves d'un petit nombre. Jamais le Ciel qui est le père, et la Terre qui est la mère, n'ont donné à quelques milliers de privilégiés le droit de dévorer, pour satisfaire leur orgueil, la subsistance de tant de millions de leurs frères. D'où vient la richesse des puissants ? Uniquement du travail et des sueurs de la multitude. Le soleil et ses doux rayons, la terre et ses inépuisables richesses, le monde et ses joies, tout cela est un bien commun, qu'il faut enlever à la jouissance exclusive de quelques-uns pour que tous les déshérités en aient leur part. Enfin un jour viendra où la souffrance et l'oppression cesseront. Pour qu'il arrive, il faut s'unir et poursuivre sa tâche avec courage et vigueur. L'œuvre est difficile et grande ; mais que l'on y songe, il n'y a pas de victoire, pas de délivrance, sans lutte et sans combat. Des soulèvements intempestifs nuiraient à nos projets. Quand la grande majorité des habitants des villes et des provinces aura prêté serment à l'union fraternelle, la vieille société tombera en poudre, et l'on bâtira l'ordre nouveau sur les ruines de l'ancien. Les générations heureuses de l'avenir viendront bénir les tombeaux de ceux à qui elles devront le bienfait d'être délivrées des chaînes et des misères des sociétés corrompues (1). »

Ces aspirations vers un ordre social nouveau, ces tendances communistes, deviennent une sorte de religion cosmopolite, dont les fidèles augmentent sur la surface du

1. Statut de la Société fraternelle du Ciel et de la Terre rapporté par la frégate autrichienne « Novarra ».

globe. Elle efface les distinctions de race et de patrie ; les socialistes allemands ont protesté contre l'annexion de l'Alsace-Lorraine à leur patrie, et ont applaudi aux premiers succès de la Commune de Paris. A Londres comme à Vienne, à Pesth comme à Berlin, les travailleurs s'apprêtent à bouleverser l'ordre existant pour réaliser des conceptions mystiques dans lesquelles ils entrevoient le bonheur du genre humain. Certes, leurs conceptions sont des utopies, leurs vues économiques des naïvetés. Mais ces utopies et ces naïvetés vaincront notre raison, « car il est écrit, disait saint Paul, que j'abolirai la sagesse des sages, la science des intelligents ; il a plu à notre Dieu de sauver par la folie de la Croix ceux qui nous croiront (1). » Les sages et les philosophes de la Rome ancienne combattaient aussi les premiers chrétiens par toutes les armes de la raison ; ils voyaient dans les sectaires de la foi nouvelle, des hallucinés et des dévoyés, « un monde de bohémiens, impudents, ignorants, ennemis des Muses, gens au visage pâle et à la tête rasée (2). » « Leur outrecuidance à trancher les questions où les plus sages hésitent, est le fait de gens qui ne visent qu'à tromper les simples ; quiconque est pécheur, quiconque est sans intelligence, quiconque est faible d'esprit, en un mot quiconque est misérable, qu'il approche, le Royaume de Dieu est pour lui (3). » Et c'était à qui raillerait ces rustres fanatiques, qui, hantés par des visions apocalyptiques, allaient prêcher partout la fin du monde païen. C'étaient des

1. Corinth., I, 19 et 23.

2. Lucien, *Les fugitifs*, 12.

3. Celse dans *Origène*, VI, 6 et III, 59,

simples et des exaltés ; et cependant ils ont conquis le monde ! Eux aussi, révoltés par les turpitudes de leur temps, touchés de la grande pitié qui s'élevait de toutes les misères humaines, eux aussi, sous la parole brûlante d'apôtres inspirés, avaient cru que le règne de Dieu allait arriver, et que lorsque l'humble aurait été exalté et l'orgueilleux abaissé, le ciel commencerait à régner sur la terre. Utopie, illusions et chimères ! Le royaume promis devait arriver après la mort du Seigneur ; puis à la mort du dernier des apôtres ; ces deux événements n'ayant rien amené, on l'attendit au premier millénaire de l'ère nouvelle. Cette date arriva, et la terre était toujours une vallée de larmes. Mais peut-on affirmer que la révolution chrétienne déterminée par de si chimériques espérances soit restée sans effets bienfaisants sur les destinées de l'humanité ? N'a-t-elle pas réalisé la réforme morale la plus durable qui se soit jamais produite dans l'histoire. L'esclavage aboli, la femme devenue l'égale de l'homme, les grands et les petits, les puissants et les faibles, réunis dans une même famille sous l'autorité paternelle d'un Dieu de justice et de bonté, ne sont-ce pas là les conquêtes inoubliables d'un mouvement condamné à son origine ? Les idées apocalyptiques ont disparu, mais le germe fécond de l'Evangile est resté, et il a renouvelé la face du monde.

Les ouvriers de notre temps se bercent d'illusions analogues à celles des communistes chrétiens, et ils apportent dans l'affirmation de leurs idées une ferveur qui confine à la foi. Grâce à leurs lectures hâtives, grâce à la prédication de chefs remuants, ils se sont formé un Evangile économi-

que, qu'il est facile de réfuter, mais non de combattre. Leurs apôtres aussi prétendent qu'ils ne sont pas venus pour innover, mais pour accomplir la loi. Leurs doctrines s'appuient sur les enseignement des Docteurs, sur le témoignage des économistes les plus respectés ; les prophètes qui ont annoncé leur venue, c'est Turgot, Malthus et Ricardo. La théorie de la rente foncière de celui-ci, la théorie sur la population du second, les idées de Turgot sur le salaire, voilà les articles de foi qu'ils invoquent. Ces lois sont contestables et fausses, répondent les économistes. Qui croire maintenant ? Les économistes renient leurs maîtres. Que reste-t-il des conquêtes de la science économique ? Quelles sont les vérités qu'elle a révélées au monde ? Serait-ce le principe de l'offre et de la demande, et la loi de la concurrence ? L'invention n'est pas grande. L'Economie politique nous présente des écoles et des maîtres ; nous y cherchons vainement les doctrines définitives et immuablement acquises à l'humanité. En attendant, les économistes ont trouvé des élèves, auxquels ils ne s'étaient guère attendu, mais qui ont pris la fâcheuse habitude de les croire sur parole. Ils ont déduit de leurs théories des conséquences que les nouveaux docteurs renient, mais qui ne sont pas moins dans la logique des principes.

Les progrès politiques, d'autre part, ont jeté dans le monde les principes de 1789, et la grande devise : Liberté, Égalité, Fraternité, qui doit régénérer l'humanité. Les travailleurs ont vu des régénérations partielles, mais non pas la leur. La liberté, il n'en veulent plus, elle leur a été funeste. Comme le dit un jurisconsulte de premier ordre, le

célèbre auteur de l'*Esprit du Droit Romain* : « La liberté illimitée, en matière économique, est une patente délivrée à l'exaction, des lettres de courses accordées aux corsaires, qui leur permettent de courir sus à tous ceux qu'ils rencontrent. Malheur aux victimes ! Que les loups réclament à grands cris la liberté, cela se conçoit ; mais que les moutons fassent chorus avec eux, cela prouve tout simplement que ce sont des moutons (1). »

Ce qui importe bien plus aux travailleurs, se sont les autres termes de la formule : Egalité et Fraternité. Ils réclament l'égalité, non pas devant la loi, qui ne régit que l'enceinte extérieure de la société, mais l'égalité dans les conditions mêmes de l'existence sociale. « Le communisme, dit un célèbre économiste allemand, n'est que l'exagération, logiquement conséquente, du principe démocratique de l'Egalité ; on ne saurait l'éviter, tant que le peuple bornera son horizon aux choses de cette terre (2). » Le communisme serait donc bien imminent, puisque les ouvriers ont renoncé à se contenter du ciel et qu'ils sont entièrement décidés à chercher leur salut dans ce monde.

Il ne faut pas s'y tromper, l'action des travailleurs sera irrésistible, et ils ne reculeront devant aucun obstacle. Ils sont déjà en possession des droits politiques et ils savent de quel poids leur nombre peut peser dans la balance du suffrage universel. Quelle que soit la multiplicité des sectes qui les divisent, ils ne feront qu'un corps le jour où leurs

1. Jhering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 146.

2. Roscher, *Grundlagen der Nationalökonomie*, 16^e édition., p. 173.

idées auront pénétré la masse entière. Déjà en 1848 et en 1871, ils ont montré ce qu'ils peuvent quand l'heure des résolutions est venue. Vaincus deux fois, il n'est pas sûr qu'ils ne triomphent pas après un troisième soulèvement. L'exemple des premières tentatives malheureuses leur a servi de leçon ; ils disposent d'une organisation puissante, et constituent, à côté de l'armée de l'ordre, une armée révolutionnaire en permanence et toujours prête à marcher (1). On a pu l'entrevoir un peu au 3 décembre de l'année dernière, lorsque le congrès étant réuni à Versailles pour élire un nouveau Président de la République, les délégués des comités fédérés siégeaient à l'Hôtel-de-Ville ; l'opposition de M. Joffrin seule peut-être a empêché que les

1. Voici un fait qui s'est passé en 1867 et qui montre quelle était déjà à cette époque la force de l'organisation ouvrière :

« A l'occasion de l'Exposition de l'Industrie, il s'était formé une espèce de comité d'encouragement, composé de négociants à la tête desquels était M. Devinck. On avait fait un appel, par voie de souscription, au commerce de Paris et ailleurs, pour favoriser les ouvriers, pour leur donner la possibilité de visiter l'Exposition. Un beau jour, on donne aux délégués des ouvriers 30.000 cartes d'entrée à l'Exposition pour le dimanche suivant. On croyait que les cartes étaient gratuites. A la même heure on apprend qu'elles ne l'étaient pas. M. Devinck n'eut que le temps de faire appeler les délégués. Il était huit heures du soir, il leur dit : Vos billets ne sont pas gratuits ; nous sommes obligés de les payer et de prendre 30.000 francs sur le montant de la souscription faite à votre profit ; pourriez-vous nous rendre ces billets ? les avez-vous encore ? — Non, ils sont distribués. — Alors nous sommes obligés de vous les faire payer sur le montant de la souscription. — Voulez-vous nous donner jusqu'à demain matin ? Nous pourrions peut-être arranger les choses. — Comment ferez-vous ? — Nous allons retirer les billets. — Mais il y en a 30.000 ; vous ne pourrez pas les retirer d'ici huit heures. — Si parfaitement. En effet le lendemain, on apportait les 30.000 billets.

« M. Devinck fut vivement frappé de ce fait ; il y avait de quoi. Il faisait remarquer que dans l'armée on pouvait à peine en faire autant. »

(Déposition de M. Mettetal, ancien chef de division à la préfecture de police, dans *l'Enquête parlementaire sur les causes de l'insurrection du 18 mars*, t. II, p. 164.)

fédérés ne descendissent dans la rue. Pour le moment, les comités socialistes sentent que le terrain n'est pas suffisamment préparé, que l'heure n'est pas encore venue pour provoquer un soulèvement. Ils se contentent d'agir par la voie politique, et de laisser le conseil municipal de Paris réclamer l'autonomie communale. Cela n'a l'air que d'une simple réforme administrative, admise comme légitime par beaucoup d'esprits qui ne sont pas suspects de tendances subversives. Un ancien président du Conseil a promis son concours pour la faire triompher, et d'une manière générale, même les plus hostiles parmi ses adversaires ne voient dans ce projet qu'une revendication radicale dont la portée ne dépasse pas le domaine politique. Or, voici ce que contient une déposition remarquable faite devant la commission d'enquête parlementaire sur les causes de l'insurrection du 18 mars :

« Les mots autonomie communale, fédération communale, avaient une signification précise dans la pensée de l'Association Internationale. Il me paraît remarquable que cette association ait eu l'idée de se servir du gouvernement municipal comme moyen de réalisation des doctrines socialistes. Il y a évidemment dans le gouvernement de l'Internationale des hommes qui sont extrêmement habiles ; ce sont certainement des économistes ; quelques-uns sont des hommes politiques distingués. Ce n'est pas une conception digne de mépris que celle qu'ils ont eue d'arriver à enfermer la classe bourgeoise et la classe ouvrière dans le cercle de la commune. Il est évident qu'avec le suffrage

universel pour instrument, si la classe qui vit du revenu, du capital, et la classe qui vit surtout du travail, se trouvent enfermées, par la proclamation de l'autonomie communale, comme dans un champ clos, la classe capitaliste périra. Alors la réalisation du problème de l'Internationale comme elle le conçoit, devient possible. Les mots : autonomie communale, ont donc une très grande valeur ; ce n'est pas une réminiscence du moyen âge. — J'appelle, Messieurs, votre attention sur ce point.

« Cette autre expression, *fédération*¹ des communes, a aussi une portée très grande. L'Internationale sait très bien qu'en France les paysans la détestent... Si l'Internationale réussit à obtenir, grâce à l'autonomie communale, l'ascendant de la classe ouvrière sur la classe capitaliste dans les villes, l'association des communes arrive à relier toutes les villes entre elles, à constituer un vaste système de gouvernement, et alors les campagnes se trouvent placées sous la domination de cette immense union socialiste des villes devenue une *fédération* (1).

On n'a qu'à mettre les mots : Parti ouvrier à la place de l'Internationale pour avoir la pensée inavouée, mais certaine de la politique révolutionnaire actuelle. Sur certains points même, les meneurs du parti dont quelques uns siègent au Conseil municipal de Paris, ne font aucun mystère de leurs tendances subversives. Aussitôt qu'une grève éclate sur quelque point de la France, la municipalité pari-

1. Déposition de M. Dunoyer, *Enquête*, etc., t. II, p. 584.

sienne envoie aux grévistes des subsides et des encouragements. N'a-t-elle pas eu l'idée de convoquer pour le Centenaire de 1789 une fédération de toutes les communes de France, dont le but n'était pas clairement désigné, mais ne devait pas moins être bien déterminé dans la pensée des auteurs du projet? La chose a échoué, parce qu'elle était impraticable et surtout prématurée. Mais la société ne perdra pas pour attendre ; le projet sera réédité à un moment plus opportun, lorsque tout sera préparé pour le faire réussir.

En un mot, et pour résumer ce que nous venons d'exposer le parti socialiste a pour objectif principal la constitution, par tous les moyens possibles, de l'Etat ouvrier. Il s'agit de faire passer le pouvoir des mains de la bourgeoisie qui l'a hérité de la noblesse, au quatrième état, le plus nombreux et qui sera bientôt le plus actif. L'avènement des nouvelles couches sociales se fera pacifiquement par une surprise du suffrage universel, ou violemment, à l'exemple des révolutions qui ont assuré le triomphe de la bourgeoisie ; le choix dépendra des événements. Ce qui est certain, c'est que la démocratie ouvrière imitera l'exemple de la bourgeoisie pour s'emparer du gouvernement et l'exploiter à son profit. Qu'on ne nous reproche pas ces expressions, qu'on est habitué à rencontrer dans la bouche des déclamateurs des réunions populaires. Nous ne faisons que reproduire la pensée de l'éminent directeur du *Journal des Economistes* que nous nous sommes toujours plu à citer comme un guide éclairé et compétent. Nous allons encore

citer un passage très significatif de cet auteur : « Comme l'avaient fait, dit M. de Molinari, ses devancières, la noblesse et le clergé, et dans une plus forte mesure, car elle a un plus grand nombre de bouches à nourrir, la classe moyenne s'est servie de l'appareil à légiférer et à taxer pour augmenter les attributions de l'Etat et multiplier les emplois civils et militaires : elle a créé des monopoles à son usage et généralisé le protectionnisme, le tout en vue d'augmenter les jouissances de ses membres et diminuer leur travail et leur peine ? Ce but a-t-il été atteint ? Oui, sans doute, si l'on compare la situation de la classe gouvernante, au profit de laquelle fonctionne l'appareil d'exploitation et de protection de l'Etat, à celui de la multitude gouvernée qui fait les frais de cet appareil... La bourgeoisie considère l'Etat comme une sorte de palladium auquel sa fortune est attachée. Mais cette opinion, elle n'est pas seule à l'avoir. Les classes inférieures en sont imbues comme elles, et elles aspirent à s'emparer de l'Etat, parce qu'à ses yeux comme aux siens, la possession de l'Etat, c'est la possession de la richesse.

« A le bien considérer, le socialisme n'est autre chose qu'une extension du protectionnisme mis au service des classes inférieures. Or, si l'on songe que cette multitude l'emporte considérablement en nombre sur la classe actuellement en possession de l'Etat, qu'elle reçoit à grand frais de l'état lui-même une demi-instruction, qui a principalement pour objet de la pénétrer de la puissance et des mérites de l'Etat, que ces meneurs disposent de moyen

d'action moraux et physiques dont leurs devanciers étaient privés, la presse à bon marché, la facilité des communications, la dynamite, etc., on s'apercevra que la révolution sociale et l'avènement de l'Etat ouvrier, ne sont plus qu'une affaire de temps.

« Ce serait une illusion de croire qu'on puisse empêcher par le raisonnement ou par la force la classe la plus nombreuse et la plus pauvre, comme la nommait Saint-Simon, de s'emparer de l'Etat, et de s'en servir pour appliquer le socialisme. L'expérience atteste suffisamment l'inefficacité du raisonnement pour convertir les propriétaires et les industries protectionnistes... Il n'y a pas de raisonnement qui puisse prévaloir contre un intérêt... Reste la force; mais la force est bien précaire, du moment où les habitudes séculaires de respect et de subordination hiérarchique, qui continuent encore à soumettre le grand nombre au petit, auront disparu (et n'est-il pas visible qu'elle sont en voie de disparaître?). La propagande socialiste, accordée par le malaise et le mécontentement croissants qu'engendre l'état actuel des choses, et favorisée par les progrès que nous énumérons tout à l'heure, la propagande socialiste ne viendra-t-elle pas à bout des résistances de la force ? (1) »

L'argumentation de M. de Molinari est décisive et sans réplique. De la manière dont les choses continuent à marcher, malgré les présages sinistres et les avertissements des prévoyants, la Révolution sociale s'ensuivra aussi fata-

1. M. de Molinari, *Les lois naturelles de l'Econ. polit.*, n. 218, 221 et suiv.

lement que midi sonne après onze heures. Chaque jour creuse plus profondément l'abîme qui sépare les ouvriers de la classe qui possède la fortune et le pouvoir; chaque jour augmente les haines et avive les colères qui grondent sourdement dans la masse populaire. Qui pourrait affirmer que dans dix ans d'ici, dans vingt ans, à la fin de ce siècle si trouble et si agité, une grande explosion n'éclatera pas, comme à la fin du siècle dernier, mais plus violente et plus terrible, parce que le terrain est miné sur une plus grande étendue et que les forces explosives sont de beaucoup plus énergiques. Il y a trente ans, Lord Macaulay écrivait ces paroles prophétiques à un ami américain : « Un jour viendra l'Etat de New-York, où la multitude, entre une moitié de déjeuner et une moitié de dîner, nommera les législateurs. Est-il possible de concevoir un doute sur le genre de législateurs qui sera nommé?.. J'en ait bien peur; vous ferez alors de ces choses après lesquelles la prospérité ne peut plus renaître. Alors, ou quelque César ou quelque Napoléon prendra d'une main puissante les rênes du gouvernement — ou votre République sera aussi affreusement pillée et ravagée au vingtième siècle, que l'a été l'Empire romain par les barbares au cinquième, avec cette différence que les dévastateurs de l'Empire romain, les Huns et les Vandales, venaient du dehors, tandis que les barbares qui vous pilleront seront les enfants de votre pays et l'œuvre de vos institutions. »

Mais en France, on a mieux que des prédictions : on y a

vu se produire des faits et des événements qui sont plus convaincants que toutes les prophéties. On a vu la société affolée se jeter dans les bras d'un Napoléon, qui l'a sauvée, on sait comment, pendant un certain nombre d'années, pour l'abandonner ensuite plus meurtrière que par une révolution. On a vu la révolution sociale éclater devant l'ennemi triomphant et maître du pays, et le feu mis aux quatre coins de Paris. Les vaincus de cette tentative criminelle complotent aujourd'hui librement ; tous les ans la date du 18 Mars est fêtée comme la journée la plus glorieuse du prolétariat ; des conspirateurs, qui ne s'en cachent pas, se promettent de la recommencer dans des conditions telles que le second essai soit aussi l'essai définitif.

Comment conjurer ce danger ? Les libertés politiques et l'instruction répandue à flots parmi le peuple ne font que l'aggraver et en hâter l'avènement. Il n'y a qu'un seul moyen de l'éviter, le recours au principe qui a toujours sauvé les sociétés, parce qu'il en est la base et la raison d'être, nous voulons dire la justice. Ce n'est qu'en recherchant les conditions d'un équilibre stable, en rapprochant les éléments constitutifs de notre société, en comblant l'abîme qui sépare les classes, en donnant satisfaction aux besoins légitimes, que l'on pourra espérer sauver ce qui peut être sauvé et réprimer d'autant plus aisément les écarts et les troubles réellement condamnables. La justice demande qu'une grande partie de la nation, la plus laborieuse et la plus indispensable, ne soit pas livrée aux hasards des crises et des chômages, au hasard de ces lois naturelles, dont nous avons vu les effets

meurtriers, alors qu'une autre partie de la société jouit des avantages d'une organisation économique, qui la met à l'abri des mêmes dangers, et lui permet même d'en profiter. Un fabricant de machines bien connu en Angleterre, M. James Nasmyth exposait, il y a quelques années, devant une commission d'enquête sur les Trade-Unions, la manière dont il était arrivé à constituer sa fortune. Il montrait qu'il était de l'intérêt de l'industrie qu'un grand nombre d'ouvriers cherchassent de l'emploi, parce qu'ainsi le prix de la main-d'œuvre, et par suite le prix de revient, baissaient, et que, quant à lui, il avait souvent augmenté ces bénéfices en remplaçant les hommes faits par des apprentis. Quand on lui demanda ce que devenaient d'après lui, les hommes renvoyés et leurs familles, il répondit : « Je l'ignore ; mais je m'en remets pour ceci à l'action des lois naturelles, qui régissent les sociétés. » Eh bien, il faut que des paroles aussi inhumaines ne puissent plus être prononcées ; il faut que des hommes, nos égaux devant la loi et devant la nature, ne puissent plus être traités comme des bêtes de somme, que l'on abandonne où que l'on laisse abattre lorsqu'elles ne peuvent plus servir. Il faut, en un mot, que l'on inscrive dans nos lois ce principe primordial réclamé vainement par les travailleurs de 1789 dans le « cahier des pauvres » rédigé par eux : « *Que la conservation de l'homme laborieux et utile ne soit pas pour la Constitution un objet moins sacré que la propriété du riche.* » Voilà ce que les travailleurs demandent depuis cent ans, et ce qu'on n'est pas encore parvenu à faire pénétrer, non

seulement dans les lois, mais même dans la conscience nationale.

Oui, il n'y aura pas de justice dans notre société tant que la vie des uns ne sera pas protégée autant que la fortune des autres. Tous les avantages en faveur de la constitution et de la conservation des capitaux ; rien pour la conservation de la vie humaine abandonnée à tous les danger d'une lutte sans merci ; non, cela n'est pas et ne peut pas être la condition normale d'une nation. Les économistes de la vieille école orthodoxe et les hommes d'Etat, qui suivent leurs doctrines, paraissant n'envisager que la production de la richesse. La richesse semble devenir le véritable facteur social, le pivot de l'Etat, la seule chose digne d'attention et de sollicitude ; la vie humaine paraît une chose contingente, indifférente en elle-même, plutôt un embarras, qui arrête l'épanouissement des capitaux et paralyse les merveilles arithmétiques de la richesse. L'idéal des économistes, auxquels nous faisons illusion, serait que les capitaux vécussent d'une vie impersonnelle, se groupant spontanément en vue du maximum de productivité, s'échangeant par un mouvement propre sur le grand marché des intérêts, indépendamment de toute autre considération non commerciale. Les hommes paraissent rejetés dans la nuit des abstractions, où tous les chats sont gris ; tous sont supposés nés dans une condition équivalente, jouissant des mêmes avantages sociaux, également sûrs de la subsistance et du lendemain, enfin tellement semblables sous tous les rapports qu'ils deviennent une quantité indifférente et négli-

geable. C'est là une conception tellement exagérée et contraire à la nature, que les principes de l'économie politique fussent-ils d'une vérité démontrée et à l'abri de toute contestation, ce qui n'est pas encore tout à fait certain, un pareil excès et des tendances aussi absolues seraient la condamnation la plus formelle de la science qui prétend régenter tous les actes de la vie sociale.

C'est là le grand défaut de notre époque soi-disant libérale. Depuis l'avènement de la bourgeoisie au gouvernement des sociétés, la politique s'est inspirée des qualités qui constituent le caractère de cette classe ; la probité commerciale, l'économie, la prévoyance ont pénétré plus ou moins dans la gestion des affaires publiques. Nous ne pouvons que rendre hommage à cet égard aux qualités traditionnelles de la vieille bourgeoisie, classe honorable et digne s'il en fût. Mais la vie publique n'a pas manqué de s'inspirer aussi d'autres qualités assez communes dans cette classe : la sécheresse de cœur, l'étroitesse d'esprit, la recherche exclusive de l'intérêt. L'ancien régime tirait sa politique de l'Écriture sainte ; notre époque tire la sienne des pratiques mercantiles. L'économie politique, qu'on pourrait appeler la philosophie de l'Etat commercial et industriel, est devenue peu à peu une doctrine aussi impérieuse et aussi intolérante que la théologie d'autrefois. Elle semble posséder des principes révélés ou innés à la nature humaine d'après lesquels elle juge et condamne les faits, sans s'apercevoir que c'est aux principes plutôt à se conformer aux faits et que les règles abstraites de la science doi-

vent constamment être soumises au contrôle de la réalité. Pendant longtemps on a vu les Pères de l'Église économiste régenter nos convictions en toute matière, et fixer l'orthodoxie infaillible ; hors de leur dogme il n'y avait point de salut. Toute concession faite à d'autres considérations que la richesse paraissait un hommage rendu aux faux dieux. Cette espèce de papauté scientifique est près de finir. Un grand mouvement réformiste a commencé en Allemagne ; depuis le congrès d'Eisenach en 1872, une phalange de savants de premier ordre s'applique à reviser les principes fondamentaux de la science économique. En Angleterre, son pays d'origine, des idées hétérodoxes se répandent avec une rapidité croissante, et l'on a pu voir, dans ces dernières années, des disciples de Richard Cobden voter des lois protectrices des faibles, répudiées autrefois par l'école de Manchester. En France aussi, l'économie dogmatique est sur le déclin ; des savants comme MM. Paul Leroy-Beaulieu et de Molinari se font une loi de retremper les principes de la science dans l'étude exacte de l'histoire et dans l'observation attentive des faits contemporains (1).

Le jour est donc venu, où l'on peut envisager les questions sociales autrement qu'au point de vue exclusif des intérêts d'une certaine classe ou d'une certaine organisation de la société. Des considérations de morale et d'humana-

1. Voici comment M. Leroy-Beaulieu s'exprime à ce sujet : « Le verbiage de certains économistes, les descriptions superficielles et exagérées où ils se complaisent, prenant des faits exceptionnels pour des faits généraux, leur ridicule optimisme, ont singulièrement compliqué les questions. (*Répartit. des Richesses*, p. 420).

nité commencent à avoir voix au chapitre. Il n'est plus permis d'affirmer en matière économique, que l'Etat doit se désintéresser de la conduite et des souffrances des particuliers. « Il faut que l'Etat ait du cœur », a dit M. Beaudrillart. L'Etat ne doit plus tolérer que, sous son autorité et sous la protection des lois, un homme valide et capable, qui ne demande qu'à travailler, puisse mourir de faim. Ce principe, que l'on croit chimérique, est consacré légalement dans des pays, que l'on considère comme de beaucoup plus conservateurs que la France. L'Angleterre possède un statut de la reine Élisabeth de 1601, reproduit par la loi des pauvres de 1834, et qui porte que « tout indigent a droit d'être pourvu de travail ou d'être secouru ». Le Code prussien, contient des dispositions analogues :

« § 1. L'Etat doit prendre soin de la nourriture et de
« l'entretien des citoyens qui ne peuvent se les procurer
« eux-mêmes, ou qui ne peuvent l'obtenir de ceux qui y
« sont tenus par la loi.

« § 2. Ceux auxquels ne manquent que les moyens et
« l'occasion de gagner eux-mêmes leur propre existence
« et celle de leur famille, devront obtenir des travaux
« appropriés à leurs forces et à leurs capacités.

« § 6. L'Etat a le droit et est obligé de créer des institu-
« tions au moyen desquelles le dénûment des uns et la
« prodigalité des autres soient également empêchés.

« § 10. Les autorités communales sont tenues de nourrir
« les habitants pauvres.

« § 11. Elles doivent s'informer des causes de leur dénû-

« ment et les signaler aux autorités supérieures, afin qu'on
« y porte remède (1). »

Ce sont ces dispositions qui faisaient dire au prince de Bismarck avec un certain orgueil en 1878 : « Donnez à l'ouvrier le droit au travail, donnez-lui du travail tant qu'il est valide, assurez-lui des soins quand il est malade et une retraite pour sa vieillesse... En affirmant ces idées, je ne me place pas sur le terrain du socialisme, mais sur celui du droit civil prussien (2). »

Et dans un autre discours prononcé en 1884, le Chancelier développait plus longuement ses idées :

« Messieurs, disait-il au Reichstag, tout repose sur cette question : Est-ce un devoir pour l'Etat de prendre soin des citoyens qui sont dans le dénûment ? J'affirme que ce devoir lui appartient ; et ce n'est pas seulement à l'Etat chrétien — je me suis permis un jour d'appeler cela du christianisme pratique — qu'incombe ce devoir, mais à tout Etat en général. Quand il s'agit d'une besogne que l'individu peut remplir tout seul, ce serait folie d'en charger la communauté. Mais il y a d'autres tâches dont la commune doit se charger et qu'elle peut remplir avec avantage ; on les abandonnera à ses soins. Il y en a encore d'autres que l'Etat seul dans sa généralité peut remplir : se sont la défense du pays, les services de circulation générale et tout ce qui est spécifié dans l'article 4 de la Constitution ; puis encore l'assistance des nécessiteux et le devoir d'empêcher des plaintes légitimes

1. *Preussisches Allgemeines Landrecht*, titre XIX, 2^e partie.

2. Discours du 21 octobre 1878.

comme celles qui fournissent la matière exploitée par la démocratie socialiste. Telle est, dis-je, la tâche qui incombe à l'Etat, et à laquelle il ne pourra pas se soustraire à la longue :

« Si l'on m'objecte que c'est là du socialisme, je ne m'en effraye aucunement. La question, dont il s'agit, est de savoir où se trouve la limite permise que le socialisme d'Etat ne saurait franchir. Mais sans une grande latitude à cet égard, nous ne saurions vraiment administrer. Toute loi d'assistance est du socialisme. Il y a des Etats sans doute, qui éprouvent une telle aversion pour le socialisme qu'ils ne possèdent pas de lois des pauvres. Je vous citerai par exemple la France. Ce qui se passe en France à cet égard explique naturellement l'opinion de l'économiste distingué que citait hier M. le député Bamberger : M. Léon Say est exactement le représentant d'une idée française lorsqu'il affirme que tout citoyen français a le droit de mourir de faim et que l'Etat n'a pas l'obligation de l'empêcher d'user de ce droit.

« Vous voyez aussi que dans ce même pays, l'état social troublé depuis si longtemps, depuis la Monarchie de Juillet, n'a pu arriver à s'apaiser complètement, *et je crois qu'à la longue, la France ne pourra s'empêcher de faire un peu plus de socialisme qu'elle n'en a fait jusqu'à ce jour* (1). »

Ces paroles contiennent une grande part de vérité, et la leçon est bonne à méditer. Mais nous ne pouvons que pro-

1. Discours du 14 mars 1884.

tester contre le sentiment de haine qui les inspire. M. le prince de Bismarck se trompe lorsqu'il croit que la Prusse a devancé la France sur le terrain des idées et des lois humanitaires. Le Code civil prussien, qu'il cite avec tant de complaisance, date du 5 février 1794. Or la Déclaration des Droits de l'Homme du 24 juin 1793 contenait déjà un article 21 ainsi conçu : « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. » La Constitution de 1848 répétait la même idée en termes plus mesurés dans le préambule de l'article 8 : « La République doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail, *dans les limites de ses ressources*, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. » Si ces dispositions ne sont pas restées dans nos lois, personne n'en ignore la cause. Ce sont les tristes expériences de 1848 qui ont fait abandonner le système des principes humanitaires pompeusement inscrits dans les lois, et destinés à rester lettre morte dans la pratique. Le peuple français a perdu l'habitude de proclamer des principes pour le seul plaisir de l'affirmation ; mais ses sentiments et son activité philanthropiques peuvent supporter la comparaison avec ceux de toute autre nation, sans en excepter l'Angleterre. Quoi qu'on dise, quoi que nous ayons dit nous-même à cette place, la charité est restée l'une des plus nobles vertus de la société française ; malgré les inconvé-

nients résultant d'une organisation sociale, que l'on peut critiquer, malgré les nouvelles mœurs publiques, que nous déplorons, mais qui sont communes à toute la civilisation moderne, la charité s'exerce encore en France avec un éclat, une cordialité et une grâce, que l'on rencontrerait difficilement ailleurs. On peut juger sévèrement certains travers de notre esprit, mais personne n'osera soupçonner le cœur de la France. Paris cache encore des trésors de sollicitude et de dévouement pour les souffrances de ses enfants ; bien plus, sa charité va souvent rechercher les malheureux dans les pays étrangers. On l'a bien vu lors des désastres de Murcie et de Szegedin. Si, par suite d'événements que nous avons suffisamment expiés, la France et l'Allemagne n'étaient pas divisées, peut-être malgré elles-mêmes, on verrait la noble France accourir en ce moment au secours des inondés de l'Elbe et du Weser. Non, notre cœur est resté grand, et il serait encore de taille à contenir un jour, de nouveau, tout le genre humain. Nos lois accordent peut-être aux citoyens le droit de mourir de faim ; mais notre illustre adversaire devra reconnaître qu'ils en usent bien moins qu'ailleurs, où la loi le leur défend ; il ne cherche même pas à exercer le droit d'expatriation.

S'il ne s'agissait que de charité, nous n'aurions formulé aucune réclamation, et nous nous en serions tenu à ce qui se fait actuellement. Mais la charité ne suffit pas ; dans bien des circonstances, elle est plutôt un mal. Elle ne fait que soulager momentanément la misère ; souvent elle sert à l'entretenir. Son action s'éparpille et n'est pas toujours éclairée. Il

importe, au contraire, que les nombreux efforts individuels, qui se dispersent et se perdent comme des cours d'eau souterrains, se réunissent au grand jour en un fleuve fécondant et régénérateur. La centralisation appliquée à l'action philanthropique, en décuplerait les effets ; elle procéderait avec plus d'ordre et plus de lumières. L'assistance sociale, érigée en service public, aura pour mission, non seulement de soulager les souffrances les plus dignes d'intérêt, mais encore et surtout de rechercher les moyens propres à en empêcher le retour. L'intérêt de la société est de guérir et non de soulager. Personne ne conteste qu'un organe essentiel du corps social est malade, gravement malade. Pouvons-nous nous contenter de l'abandonner à son sort, sans penser que les autres organes en sont solidaires et que le mal peut se communiquer au corps tout entier ? Faudra-t-il continuer à appliquer sur la partie malade des émollients, des palliatifs momentanés, alors qu'une médication énergique est devenue nécessaire ? Non, notre devoir est d'étudier le mal dans toute son étendue, d'en scruter les causes avec une application constante, et de prendre, en attendant la solution définitive, toutes les précautions d'une bonne hygiène, qui auront pour premier résultat de ranimer la partie malade et de la faire fonctionner d'une manière plus normale. Il s'agira d'abord de créer, au profit de la classe ouvrière, des institutions de prévoyance et d'assurance, qui en écarteront les inconvénients des accidents, des maladies et du chômage. Il faudra ensuite, par une étude sérieuse et approfondie de la

production industrielle, chercher à relever la condition de l'ouvrier, en l'associant, autant que possible, directement, à l'entreprise de production, afin de lui inculquer le sentiment salubre de la responsabilité personnelle. Il y a là un vaste champ d'étude et d'application, que nous ne pouvons pas aborder ici, mais qui, sous les efforts éclairés d'un comité national, composé d'hommes de science et de cœur, ne manquerait pas de donner les fruits qu'on peut en attendre. Pour notre part, nous avons cherché, à titre préparatoire, à fournir les moyens pécuniaires indispensables à une pareille action. Le droit d'hérédité, que nous reconnaissons à l'Etat, aura pour effet de constituer, au bout de peu d'années, un fonds national, qui se chiffrera par milliards et qui sera destiné à alimenter les institutions que l'on croira devoir créer.

Pour y parvenir, nous avons fait appel successivement au devoir et à l'intérêt des classes qui possèdent. Nous avons montré à quel point l'intérêt des classes supérieures y est engagé. Il s'agit d'une question de conservation sociale. Ce sont les conservateurs, dans le bon sens du mot, qui sont principalement intéressés à éviter le choc qui nous menace, et à sauver, par des concessions sages et réfléchies, le dépôt des traditions intellectuelles et morales dont ils ont la garde. M. Edouard Hervé le disait au lendemain de la Commune : « Il faut que les classes éclairées conservent le gouvernement de la société ; mais pour qu'elles aient le pouvoir, il faut qu'elles fassent attention aux besoins, aux misères, aux faiblesses de cette

classe, vis-à-vis de laquelle, à côté de laquelle elles sont en minorité » (1). Que les fortunés parmi nous témoignent activement des sentiments de solidarité et de fraternité nationales qui les animent, et qui seuls font les nations fortes ; les classes inférieures sentiront leur haine s'en aller et leurs préventions se dissiper. C'est là le seul moyen de parvenir à une solution, ou, du moins, de maintenir la question sociale dans le domaine économique. Car le plus grand danger, que nous n'avons pas suffisamment indiqué, c'est l'immixtion de la politique dans ces questions déjà si brûlantes par elles-mêmes. Sous le second Empire, les ouvriers avaient pensé pendant quelque temps séparer leur cause de l'agitation des partis et poursuivre leurs intérêts par la voie pacifique. Les déceptions ne leur ont pas manqué. Aujourd'hui, ils sont convaincus qu'on n'obtient rien dans l'État si l'on n'arrive pas à représenter une force politique avec laquelle il faille composer. Tous leurs efforts tendent maintenant à devenir un parti assez puissant pour arriver à conquérir le pouvoir. C'est là le danger suprême. Malheur à la bourgeoisie, malheur aux ouvriers eux-mêmes, s'ils arrivent à triompher par la voie politique. Car les luttes prolongées entraînent des représailles, et plus on a combattu, plus on est porté à la vengeance. D'autre part, les agitations politiques font dévier les tendances les plus pures et les plus légitimes. Elles surexcitent les ambitions personnelles et éveillent les mauvais appétits ; les

1. *Enquête parlementaire sur les causes de l'insurrection du 18 mars*, II, p. 174.

rivalités et les compétitions font dégénérer les questions de principes en questions personnelles. A la longue, la cause pour laquelle on combat recule dans le lointain, et les rancunes du moment, les haines individuelles et les ambitions démesurément grossies restent presque seules à décider des affaires engagées. N'a-t-on pas vu dans ces dernières années, le parti républicain, l'un des plus honnêtes, des plus capables et des plus patriotiques que notre histoire ait connus, échouer, une fois arrivé au pouvoir, dans les luttes intestines et dans le néant des intrigues parlementaires ou autres ? Nous voulons éviter une pareille éducation aux ouvriers. Qu'ils restent, dans leur domaine naturel, les artisans de la richesse nationale. Si leur situation est triste et malheureuse aujourd'hui, par suite d'événements dont personne n'a directement la responsabilité, nous leur tendons une main fraternelle pour arriver par des efforts communs à améliorer leur condition et à leur assurer le rayon de soleil auquel ils ont droit dans cette vie. Nous convions les riches et les pauvres, les grands et les humbles, à une œuvre de justice sociale, la seule qui peut apaiser notre siècle si troublé, et donner du répit à l'humanité, suivant la parole éternellement vraie du prophète Isaïe : « De la justice seule naîtra la paix. »

CHAPITRE IV

ÉVALUATION ET EMPLOI DE L'HÉRITAGE SOCIAL

Le droit de succession, que nous reconnaissons à l'Etat, devra nécessairement différer de celui des héritiers ordinaires, autant par le taux que par le mode de perception. En effet, il n'est pas possible de traiter l'Etat comme un simple particulier et de lui accorder un droit, qui varierait suivant le nombre de ses cohéritiers ; il suffit déjà qu'il varie suivant leur qualité. Les nécessités d'une grande administration comme celle des finances, nous imposent l'obligation de simplifier autant que possible les opérations du partage. L'Etat percevra une part calculée sur le montant de la succession, sans avoir égard au nombre des héritiers, ce qui revient à dire que nous maintenons le mode de perception actuel. En réalité le droit de l'Etat sera un droit de succession, mais il continuera à être traité au point de vue administratif sinon financier, comme un impôt ordinaire.

Quant au montant du droit, il est juste de l'élever dans une certaine mesure. « Les héritages, dit Stuart Mill,

quand ils dépassent un certain taux, sont de beaucoup d'excellentes matières inspirables. On doit leur demander autant qu'il est possible sans provoquer la fraude (1). » Il existe en ce moment dans l'opinion publique, comme au Parlement, un courant très puissant en faveur de l'augmentation des droits du mutation. Le projet de loi des finances élaboré par la commission du Budget pour 1888 contient une élévation assez considérable sur ce chapitre. Aussi, croyons-nous qu'aucune difficulté ne saurait exister à cet égard.

Nous avons vu, au début de ce travail, que les droits de mutation étaient actuellement fixés au principal, comme suit :

En ligne directe.	1	» 0/0
Entre époux	3	»
Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces	6,50	
Grands-oncles, grand'tantes, petits-neveux, petites-nièces	7	»
Collatéraux au delà du 4 ^e degré	8	»
Non parents	9	»

[Une proposition de loi déposée en 1872 à l'Assemblée nationale par MM. Sadi Carnot, Journault, Jozon, Labélonye, Lamy et Rameau, tendait à augmenter ces droits dans les proportions suivantes :

I. *Ligne ascendante.*

Sur la réserve.	1 0/0	} 3 0/0
Sur la quotité disponible.	2 0/0	

1. St. Mill, *Principes d'Econ. polit.*, livre V, chap. II, § 3.

II. *Ligne descendante.*

a. Fils, filles :

Réserve.	10/0	} 3 0/0
Quotité disponible	20/0	

b. Petits-fils, petites-filles :

Réserve	20/0	} 5 0/0
Quotité disponible	30/0	

c. Arrière-petits-fils et arrière-petites-filles

Réserve	30/0	} 7 0/0
Quotité disponible	40/0	

Et ainsi de suite.

Enfant adopté	20/0
Enfant naturel reconnu	20/0

III. *Entre époux* 30/0

IV. *Ligne collatérale.*

Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces	70/0
Grands-oncles, petits-neveux, cousins germains	80/0
Parents au 3 ^e degré	90/0
Parents au 6 ^e degré	100/0
Parents au 7 ^e degré	110/0
Parents au 8 ^e degré	120/0
Parents du 8 ^e au 12 ^e degré et étrangers . . .	200/0 (1).

Le projet de MM. Giard, Henry Maret, Laguerre et Tony Révillon, déposé à la Chambre des Députés le 26 juin 1884, augmentait ces droits, à raison d'une progression assez rapide. L'article 6 du projet portait :

« Les successions recueillies par un enfant unique, par les ascendants en dehors de leurs reprises, par les descendants bénéficiaires (les descendants qui avaient recueilli une succession au-dessous de 20.000 francs sans invoquer le

1. Impr. de l'Ass. nat., 1872, n° 1173.

bénéfice d'inventaire, étaient exemptés de tout droits), par les collatéraux, par l'époux survivant, les libéralités testamentaires, les legs particuliers, universels ou à titre universel, sont à l'exclusion de tous autres droits, frappés d'une retenue progressive réglée ainsi qu'il suit (1) :

Au-dessous de deux mille francs de capital. . . .	10/0
De deux mille à cinq mille.	3
De cinq mille à dix mille	5
De dix mille à vingt mille	7
De vingt mille à cinquante mille	10
De cinquante mille à cent mille.	15
De cent mille à cinq cent mille	20
De cinq cent mille à un million.	30
D'un million à cinq millions	40
Au-dessus de cinq millions	50

Le projet de la commission du Budget pour 1888, adoptant aussi le principe de l'impôt progressif en cette matière, établissait ainsi le tarif en principal (2) :

Biens transmis par décès dont la valeur nette est ensemble pour chaque ayant droit dans la succession	En ligne directe	Entre époux	Entre frères, sœurs, oncles, tantes, neveux et nièces	Entre grands-oncles, grand tantes, petits-neveux, petites- nièces, cousins germains	Parents au delà du 4 ^e degré et personnes non parentes
	par 100 fr.	par 100 fr.	par 100 fr.	par 100 fr.	par 100 fr.
Au-dessous de 1.000 francs	1 »	3 »	6 50	7 »	9 »
De 1.000 à 20.000 francs .	1 50	3 50	7 50	8 25	10 50
De 20.000 à 50.000 francs	2 »	4 50	9 »	10 »	12 50
Au-dessus de 50.000 francs	3 »	6 50	11 50	12 50	14 50

1. Impr. de la Ch. des députés, 1884, n° 2909.

2. Rapport de M. Yves Guyot, Impr. de la Ch. des députés, 1887, n° 2189.
Le projet de budget pour 1889 présentée au Parlement anglais par le

Le projet de Code civil élaboré par M. Bluntschli pour le canton de Zurich portait, en ce qui concerne notre matière, les dispositions suivantes :

« La commune d'origine reçoit sur la succession nette de tout citoyen décédé sans postérité une portion dont la quantité est fixée comme suit :

1° En présence de parents de la ligne paternelle et de la ligne maternelle. 5 p. 100

2° En présence de parents de la deuxième parentelle. 10 p. 100

3° S'il y a un sucesstible d'un degré plus éloigné et le conjoint survivant. 20 p. 100

4° S'il n'y a qu'un parent d'un degré plus éloigné, ou le conjoint survivant seul. 30 p. 100

A défaut de parents au degré successible ou de l'époux survivant, la succession revient tout entière à la commune d'origine (1). »

Pour notre part, nous adopterons un tarif plus modeste que celui-ci et plus simple que les précédents. Le droit en ligne directe sera porté de 1,25 p. 100 à 3 p. 100, comme dans le projet de M. Sadi Carnot, mais sans les augmentations qu'il y ajoute, et qui vont jusqu'à 7 p. 100. Entre

chancelier de l'Echiquier, M. Goschen, contient aussi une augmentation de 1/2 0/0 et 1 1/2 0/0 sur les droits de succession.

1. *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich*, t. IV, p. 71.

époux, le droit sera de 4 p. 100, au lieu de 3, 75 p. 100 que demande la loi actuelle, en tenant compte des décimes. Les collatéraux du deuxième et troisième degré paieront moins qu'aujourd'hui, 7 p. 100 au lieu de 8,125 p. 100; les collatéraux du quatrième 10 p. 100 au lieu de 8,75 p. 100. Les héritiers testamentaires non parents paieront 20 p. 100, comme dans le projet de M. Carnot.

Nous arrivons ainsi au tableau suivant :

En ligne directe.	3 0/0
Entre époux	4 0/0
Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces	7 0/0
Grands-oncles, grand'tantes, petits-neveux, petites-nièces, cousins germains	10 0/0
Non parents.	20 0/0

Ces droits seront perçus sans aucune taxe additionnelle ; nous entendons donc abolir le double décime et demi, qui est ajouté aux droits de mutation actuellement en vigueur.

Pour apprécier les résultats de ce tarif, nous prendrons comme base d'évaluation les droits constatés dans le dernier exercice connu en détail. Comme on l'a déjà vu au début de cette étude, le rendement de 1886 a atteint les chiffres suivants, qui comprennent, il ne faut pas l'oublier, les droits en principal et le double décime et demi (1) :

1. *Bulletin de statistique et de Légis. comp.*, août 1887, t. XXII, p. 146.

MUTATIONS PAR DÉCÈS	Nombre de mutations	Valeurs sur lesquelles les droits sont assis	Droits constatés
En ligne directe	539.478	3.583.242.111	44.790.526
Entre époux	166.735	520.707.045	19.526.524
Frères et sœurs, oncles et tan- tes, neveux et nièces. . . .	157.270	814.159.216	66.158.561
Parents au 4 ^e degré.	23.174	128.275.774	11.224.130
— au delà du 4 ^e degré. .	9.738	102.736.436	10.273.644
Non parents	38.167	220.021.056	24.752.369
TOTAL.	934.562	5.369.241.638	176.725.744

Notre tarif, sans double décime et demi, donnera les résultats suivants :

En ligne directe.	A raison de	3 0/0	107.497.263
Entre époux.	—	4 0/0	20.828.281
Frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces	—	7 0/0	56.998.145
Grands-oncles, grand'tantes, pe- tits-neveux, petites-nièces, cou- sins germains.	—	10 0/0	12.827.577
Non parents.	—	20 0/0	44.004.213
Total.			242.155.479

Pour nous faire une idée du taux moyen de ce produit, nous allons le comparer à la valeur totale des successions frappées, déduction faite des successions déférées aux colatéraux au delà du 4^e degré, que nous n'avons pas comptées jusqu'ici. Cette valeur totale est de 5.266.505.202 ;

le produit de 242.155.479 ne représente que 4,6 0/0 de cette valeur.

Au produit déjà obtenu de	242.155.479
Nous devons ajouter le capital des successions enlevées aux collatéraux au delà du 4 ^e degré à	102.736.436
Total	344.891.915

C'est donc une somme d'environ 345 millions par an que notre réforme assure à l'Etat.

Dans la pratique cette somme devra subir plusieurs réductions.

Il convient tout d'abord de tenir compte de la diminution résultant de la distraction des charges (1).

1. Ce principe justifié par l'équité la plus élémentaire, existe dans toutes les législations qui ont admis l'impôt sur les successions. La loi du 22 frimaire l'an VII aboutit souvent, en effet aux conséquences les plus étranges. Voici un fait de la vie réelle. Un banquier disparaît de son domicile le 30 janvier 1859; le lendemain, il est déclaré en faillite et son décès est constaté le 2 mars suivant. En vertu d'un arrêt de la Cour d'Orléans du 9 juin 1860, confirmé par la Cour de cassation le 2 décembre 1862, l'administration de l'enregistrement prélève sur la faillite des droits s'élevant à 44.000 francs; les héritiers ne recueillent pas un centime. Ce résultat et bien d'autres de ce genre sont dus une méprise volontaire du législateur.

Lorsque le droit de mutation par décès a été établi par la loi du 22 frimaire an VII, sans qu'il fût tenu compte des dettes et charges de la succession, on avait invoqué comme excuse la circonstance que les meubles étaient imposés très faiblement, ce qui servait de compensation à la contribution trop forte des immeubles. « C'est en raison de cette différence, disait le rapporteur Duchatel au Conseil des Cinq-Cents (séance du 17 brumaire an VII), et eu égard aux dettes passives qu'on ne pourrait distraire, sans compromettre absolument le droit d'enregistrement, que nous avons fixé au quart seulement des successions immobilières celui des successions des biens meubles. » Et Crétel, le rapporteur devant le Conseil des Anciens, disait de son côté : « La perception du droit sur les successions immobilières est justifiée par l'impossibilité d'employer un mode plus équitable; mais il faut aussi se convaincre que l'affranchissement du mobilier des successions était une compensation, ou du moins un grand adoucissement à cette mesure... Mais à compter du jour où la portion mobilière des suc-

Cette diminution ne dépasse pas en Angleterre 8 p. 100 de la valeur totale des successions; en Belgique elle est de 12 p. 100. La commission du Budget propose 20 p. 100. « Cette évaluation, disait M. de Marcère en 1872, est la plus haute de toutes celles qui ont été faites sur ce sujet par les hommes les plus compétents, et elle

cessions sera assujettie au droit proportionnel comme les immeubles, il ne restera plus de compensation, et l'intégralité des successions sera frappée du droit sans aucune espèce de diminution par les dettes; ce qui rend la contribution très inégale. » Depuis, les droits de mutation sur les meubles ont été relevés par les lois de 1816 et 1832, et finalement la loi de 1850 les a assimilés aux droits sur les immeubles, sans qu'on ait pensé un seul instant à remplir la promesse faite par le législateur de l'an VII.

L'opinion publique n'a pas cessé de protester contre cet état de choses. En 1864 le gouvernement lui-même prit l'initiative d'un projet de réforme qui fut soumis aux délibérations du conseil d'Etat, mais ne fut pas porté devant les Chambres. En 1868, à la suite de la grande enquête agricole, pendant laquelle des vœux presque universels furent exprimées de toutes parts en faveur d'une modification de la loi de l'an VII, le Sénat fut saisi de la question par de nombreuses pétitions. Après un débat approfondi, le Sénat, par un vote favorable, renvoya les pétitions aux ministres des finances et du commerce. Les choses en restèrent là. La proposition fut portée devant l'Assemblée nationale par M. Foliet à la séance du 7 septembre 1871; M. de Marcère fit un rapport très substantiel, qui concluait à l'adoption du projet. Mais l'Assemblée nationale se sépara avant de statuer. La Chambre des députés élue en 1876 saisie de nouveau de cette question, fut dissoute avant même que le rapport pût être fait. Finalement, sur une proposition de M. Duché et de plusieurs de ses collègues, la Commission du budget de cette année étudia la question, et conclut à l'adoption des articles que voici :

« Art. 28. Le droit de succession se perçoit sur le montant net de ce que chacun recueille, déduction faite de ce qu'il doit supporter dans les dettes à la charge de l'héritage, qui sont mentionnées ci-après :

a. Dettes hypothécaires existant au jour de l'ouverture de la succession ;

b. Dettes relatives à la profession du défunt telles qu'elles existent au jour de l'ouverture de la succession ;

c. Dettes chirographaires constatées par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré au jour de l'ouverture de la succession.

Art. 29. Les héritiers ou représentants, qui voudront bénéficier de l'article ci-dessus, devront fournir à l'enregistrement, dans le délai de trois

doit être admise pour éviter tout mécompte (1). » Cette évaluation nous paraît trop élevée, et la preuve n'en est pas difficile à fournir. D'après le relevé des inscriptions hypothécaires dressé en 1877, au vu de leurs registres, par les conservateurs des hypothèques, la dette hypothécaire totale, y compris les inscriptions du Crédit foncier, montait à cette époque à la somme de 14.369.096.326 francs (2). Ce chiffre comprend, en grande partie, des hypothèques légales et judiciaires, qui ne constituent pas un passif proprement dit. Mais nous tenons à prendre les chiffres les plus défavorables et nous ne ferons aucune déduction de ce chef. D'après une communication du Ministère des Finances à la commission du Budget en 1886, le revenu total de la dette chirographaire était estimé à 250 millions, ce qui, au taux de 5 p. 100, représente un capital de 5 milliards, et, au taux de 4 p. 100, un capital de 6.200 millions (3). L'ensemble du passif serait donc : 14.400 +

mois à partir du jour du décès, tous les éléments nécessaires pour établir la situation active et passive du défunt au jour de l'ouverture de la succession.

Art. 30. Ne seront pas admises en déduction de l'actif d'une succession pour la liquidation des droits de mutation : 1^o les dettes reconnues par le défunt au profit de ses héritiers, donataires ou légataires ; 2^o les intérêts des dettes hypothécaires au delà d'une année.

Art. 31. Dans le cas de concert frauduleux entre les héritiers, donataires ou légataires et des tiers pour obtenir une diminution non due, le triple du droit ainsi frustré pourra être réclamé à chacun d'eux, sans préjudice des poursuites correctionnelles, s'il y a lieu. »

(Rapport de M. Yves Guyot, impress. de la Ch. des députés, 1887, n^o 2.189, p. 128).

1. Rapport de M. de Marcère sur la proposition de M. Follet. Impr. de l'Ass. nationale, 1872, n^o 1081.

2. *Bulletin de statistique*, 1878, t. III, p. 218.

3. Rapp. de M. Yves Guyot, p. 54.

6.200 = 20.600 millions. Quant à l'actif, c'est-à-dire à la fortune générale de la France, M. Vacher, député, vice-président de la Société de statistique de Paris, l'évaluait, en 1878, à 222 362 millions (1). M. de Foville, en prenant pour base la moyenne des successions et donations pour les années 1874, 1875 et 1876, arrivait par une série de déductions très plausibles, à évaluer la richesse de la France à cette époque, au chiffre rond de 200 milliards (2). M. Beauregard, l'éminent professeur d'économie politique à la Faculté de Droit de Paris, appliquant les mêmes procédés aux totaux de 1884, arrivait au chiffre de 250 milliards (3). En prenant pour l'actif, le chiffre le plus faible, 200 milliards, comme nous avons pris tout à l'heure, pour le passif, le chiffre le plus élevé, 20 milliards, et en comparant ces deux sommes, nous constatons que le passif général du pays représente 10 p. 100 de l'actif.

En admettant donc que la distraction des dettes des successions n'opérerait qu'une réduction de 10 p. 100, nous sommes bien plus près, et plutôt au-dessus de la vérité. Le bénéfice de l'État résultant des droits de succession se trouvera, par suite, réduit à la somme de 310.402.724 francs.

Une seconde cause de diminution sera la fraude. On peut croire que beaucoup de personnes, à la veille de mourir, chercheront à frustrer l'État, en distrayant de

1. *Journal de la société de statistique de Paris*, livraison de novembre 1878.

2. *L'Economiste français*, 28 décembre 1878, 4 et 18 janvier 1879.

3. M. Beauregard, *Essai sur la théorie du salaire*, 1887, p. 374.

leur succession les valeurs mobilières pour les donner de la main à la main à leurs héritiers. Mais cette fraude sera-t-elle bien considérable ? Nous ne le croyons pas, puisque ce qu'on peut craindre pour l'avenir, se pratique déjà actuellement. « Il est établi, disait M. Fernand Faure à la Chambre des députés, le 11 novembre 1886, il est reconnu par tout le tout le monde, que les valeurs au porteur de toute nature n'entrent jamais ou n'entrent que pour une part tout à fait insignifiante dans les déclarations de successions. C'est là une fraude à la loi universellement pratiquée. Nous pourrions tous, au besoin, en témoigner. Cette fraude ne se dissimule même pas ; on s'abstient aussi volontiers de déclarer un titre au porteur, même d'une grande valeur, qu'une simple pièce de cent sous. C'est à peine si, dans les successions où il y a des incapables, des mineurs, et où un inventaire doit être effectué, les titres au porteur sont déclarés et soumis à l'impôt. Je le sais par expérience personnelle et j'ai consulté aussi des personnes très compétentes de l'administration de l'enregistrement, qui m'ont affirmé que la quantité de ces valeurs, qui est déclarée, est tout à fait négligeable ; prises en gros, elles échappent à peu près complètement à la loi et au fisc (1). »

Admettons, néanmoins, que la fraude, au lieu d'être limitée aux valeurs au porteur, porte sur les meubles en général et qu'à la veille du décès du decujus, il y ait comme un déménagement de sa fortune mobilière. Jusqu'où ces

1. *Journal officiel* : Débats de la Chambre, 1886, p. 1785.

mutations clandestines pourraient-elles aller ? Nous pouvons établir, dès maintenant, la limite maxima de ces détournements. M. Fernand Faure, dans le discours que nous venons de rappeler, évaluait le montant total des valeurs au porteur françaises et des valeurs des sociétés étrangères au porteur ou nominatives existantes en France (elles échappent dans les deux cas au contrôle de la loi) à 23 milliards 500 millions. Ces valeurs auraient dû payer, d'après un calcul très ingénieux qu'il a fait à ce sujet, environ 38 millions par an à l'Etat. Admettons que les nouvelles fraudes, auxquelles on puisse se livrer, atteignent le même chiffre. C'est là une forte exagération, puisque la plus grande partie de la fortune mobilière est en rentes sur l'Etat ou en valeurs des sociétés privées et que les distractions portant sur les autres meubles ne sauraient jamais atteindre le chiffre des valeurs financières. Mais enfin, en supposant une nouvelle perte annuelle de 38 millions, le montant du droit de l'Etat se trouve réduit à 272. 402. 724 francs.

C'est encore un chiffre très respectable. Mais nous pouvons ne pas nous en tenir là. C'est encore M. Faure qui nous fournira le moyen de réparer la perte que nous venons de nous infliger nous-même. Dans le discours, que nous venons de rappeler, et qui a laissé une profonde impression au Parlement, M. Faure proposait un moyen très simple et très pratique d'indemniser l'Etat de la perte subie par la dissimulation des titres au porteur dans les déclarations de successions. « La loi du 23 juin 1857, disait-il, établit pour

les valeurs au porteur une taxe de 0 fr. 20 pour 100 fr. de capital, taxe qui remplace le droit mutation entre vifs. Au lieu de payer un droit de 1 p. 100 à chaque mutation entre vifs, les valeurs au porteur payent annuellement 0 fr. 20 p. 100 fr. Eh bien, c'est un système semblable que je propose à la Chambre d'établir sur les valeurs au porteur pour compenser, pour rattraper cette somme de 38 millions que perd annuellement l'Etat par suite de la fraude à la loi pratiquée dans les déclarations de successions. « En déduisant des 23 milliards et demi constatés tout à l'heure, une somme de 2 milliards et demi représentant les valeurs au porteur, qui peuvent figurer dans les successions à inventaire, en ne gardant que 21 milliards, la proposition de M. Faure aboutit à donner à l'Etat une somme de 42 millions par an.

De sorte que tout compte fait, et en laissant une marge considérable aux déchets possibles, nous arrivons à regagner les 38 millions concédés à la fraude future des decujus, et nous nous trouvons toujours en possession des 310. 402. 724 francs primitivement obtenus.

Cette somme ne pourra pas être consacrée tout entière dès maintenant aux œuvres d'assistance sociale que nous avons en vue. En effet, il est impossible, par ce temps de déficit budgétaire, d'enlever à l'Etat une ressource importante, sur laquelle il a le droit de compter, et dont il ne pourrait aucunement se passer. Il faudrait donc, pendant un certain nombre d'années, déduire de la somme de 310 millions, que nous comptons obtenir, la somme de

176 millions environ qui constitue le produit actuel des droits de mutation. Il restera toujours un reliquat de 134 millions à mettre de côté tous les ans pour une destination spéciale. Mais cette réduction est essentiellement provisoire. Le jour prochain, espérons-le, où le système de l'armement à outrance aura pris fin, où l'Etat cessera de consacrer aux dépenses militaires un milliard environ par an, des dégrèvements importants pourront être faits dont l'un des premiers devra porter sur les droits de mutation par décès. Cet impôt aboli une fois pour toutes, le système de l'hérédité sociale pourra fonctionner sans entrave, et tout son produit sera affecté aux attributions philanthropiques de la collectivité.

Le point principal de notre réforme porte sur la nature et sur la destination des droits de succession. Nous tenons essentiellement à ce que ces droits sortent du budget où ils seraient bientôt dépensés pour des besoins momentanés plus ou moins justifiés, afin de constituer un fonds spécial soustrait aux prodigalités de l'Etat. L'héritage social doit être la réserve de la société dont on ne dépenserait, autant que possible, que les revenus; ce serait une sorte de nouveau domaine public consacré aux œuvres humanitaires. La mainmise de l'Etat sur ce fonds présenterait encore un autre inconvénient. L'Etat malheureusement se laisse trop souvent guider par des considérations politiques qui font dévier son action. Or, il faut que la politique reste étrangère à notre question. Nous avons pensé, au début, conférer le droit de succession aux communes, à

l'exemple de M. Bluntschli. C'aurait été un commencement de décentralisation assez important, qui aurait eu pour effet d'imprimer une nouvelle impulsion à la vie communale. Mais réflexion faite, nous avons dû abandonner ce projet. Les divisions politiques sont aussi vives dans les conseils municipaux qu'au Parlement, avec cette différence que la politique y prend un caractère d'autant plus fâcheux qu'elle y est plus déplacée. La rivalité des partis, les jalousies de clocher, se donneraient libre carrière quand il s'agirait de faire l'emploi d'un fonds considérable au profit d'une partie de la population. Cette solution aurait, d'autre part, l'inconvénient d'émietter l'œuvre de l'assistance sociale, en y faisant prédominer des considérations purement locales. Il importe au contraire, pour des raisons que nous n'avons plus à exposer, que cette œuvre garde un caractère général, qui lui permette de rayonner sur la nation entière. La centralisation est une condition indispensable pour une entreprise de ce genre; aussi importe-t-il de toute manière qu'elle soit rattachée à l'Etat.

Malgré le fonds des héritages est attribué au pouvoir central, il convient de prendre des précautions contre les abus toujours à redouter, de la part du gouvernement. La meilleure solution consisterait à charger de la gestion de ce fonds un comité choisi en dehors du personnel administratif, parmi l'élite de la société. On y comprendrait par exemple : une délégation du Sénat et de la Chambre des députés, un représentant du conseil d'Etat et de la Cour

des comptes, les premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour d'appel, les présidents du Tribunal civil et du Tribunal de commerce de la Seine, les procureurs généraux de la Cour de cassation et de la Cour d'appel, les doyens des quatre Facultés, le directeur de l'Assistance publique, Mgr l'archevêque de Paris, le président du Consistoire protestant de Paris et le grand rabbin de France, auxquels on pourrait ajouter des personnages connus pour leurs lumières spéciales ou leurs sentiments philanthropiques. Un pareil comité agissant librement sous le contrôle de l'Etat présenterait, ce nous semble, toutes les garanties d'une bonne gestion et d'une direction éclairée.

On choisirait dans son sein, ou on y adjoindrait une commission de spécialistes, qui serait chargée de l'étude des questions sociales. Nous sommes convaincu que les propositions individuelles qui se produisent à ce sujet dans le public, gagneraient beaucoup à être étudiées et discutées d'une manière suivie par une Commission permanente et éclairée. Un pareil comité semble avoir existé pendant quelque temps auprès de M. de Bismarck. Si le fait n'est pas peut-être tout à fait exact, on sait cependant que le chancelier allemand a fait appel à plusieurs reprises aux lumières de savants et de publicistes connus pour leur compétence en matière sociale. Nous pouvons citer les noms de M. Adolphe Wagner, professeur à Berlin, de M. Schaeffle, ancien ministre d'Autriche, et de M. de Laveleye. Le chancelier a fondé, en outre, un bureau de statistique qui rend les plus grands services et qui est dirigé

supérieurement par M. Engel, un ancien ami du célèbre agitateur socialiste Ferdinand Lasalle. Cet exemple est très instructif; nous espérons qu'on l'imitera.

Quant à l'emploi du fonds de l'hérédité publique, des propositions assez nombreuses ont déjà été formulées.

En 1844, Eugène Buret était d'avis que ce fonds fût employé à procurer de la terre aux pauvres (1). En 1847, Théodore Hilgard proposait en Allemagne les trois applications suivantes; A. Secours aux émigrants dépourvus de moyens; B. établissement d'institutions au profit des invalides du travail; C. distribution de petites sommes aux indigents (2). W. Munzinger (3) et K. Umpfenbach (4) préfèrent destiner le fonds des héritages aux besoins de l'enseignement. D'autres auteurs, comme Brater (5). St. Mill (6) et Bluntschli (7), envisagent la question d'une manière plus large. Voici comment ce dernier s'exprimait dans son projet de code civil: « Les biens qui viennent à la commune par héritage ne pourront être capitalisés ni employés aux dépenses ordinaires de la commune ou des pauvres, mais seront destinés à être employés, dans l'intérêt des particuliers, soit à la fondation ou à l'entretien d'établisse-

1. E. Buret, *De la misère des classes laborieuses*, Paris 1844, t. II, ch. VII.

2. Th. Hilgard, *Zwölf Paragraphen über Pauperismus und die Mittel ihm zu steuern*, Heidelberg, 1847, §§, 5, et 10.

3. *Jd., Munzinger Erbrechtliche Studien*, Bâle, 1874.

4. K. Umpfenbach, *Des Volkes Erbe*, Berlin, 1874.

5. Brater, *Reform des Erbrechts*, Munich, 1848.

6. St. Mill. *Principes d'Econ. polit.*, t. I, p. 260; t. II, p. 283.

7. Bluntschli dans son *Traité de Droit privé*, dans son *Dictionnaire de Droit public* (au mot *Eigenthum*) et dans *Privatr. Gesetzbuch f. d. Cant. Zurich*, t. IV, p. 72.

ments de bienfaisance ou d'utilité publique, soit à la meilleure éducation ou à la dotation des membres de la commune, qui se trouvent sans moyens, sans être tout à fait indigents. »

Le projet de loi déposé en 1884 à la Chambre des députés par M. Couturier et quatre-vingts de ses collègues, tendant à l'abolition de la succession collatérale à partir du septième degré, destinait le produit des successions en déshérence à la dotation des enfants assistés. L'article I^{er} de ce projet portait : « Il est créé par la présente loi une caisse de dotation destinée à assurer le service public de protection s'appliquant aux enfants abandonnés, délaissés ou maltraités, et comprenant, d'une manière générale, tous ceux que la législation antérieure a classés sous la dénomination d'enfants assistés (1). »

Le projet de MM. Giard, Henry Maret, Laguerre et Tony Révillon, affecte le produit de l'hérédité de l'Etat : l'établissement de la mutualité nationale. Les immeubles acquis en vertu de ce droit seraient la propriété indivise de l'Etat et des communes, et formeraient leur domaine inaliénable. L'Etat participerait pour une part qui serait de moitié au moins à la subvention des caisses mutuelles nationales. Le surplus du produit des héritages serait employé à des dépenses générales et notamment au dégrèvement de certains impôts (2).

Le projet de M. Sabatier, tendant à l'abolition de la suc-

1. Impress. de la Ch. des députés, 1884, n° 2753.

2. *Id.*, 1884, n° 2909.

cession collatérale à partir du 5^e degré affectait le produit des successions en déshérence à des œuvres d'instruction, de science ou d'assistance dans le département du domicile du decujus (1).

Nous n'avons pas la prétention de formuler des propositions personnelles, nous préférons nous en rapporter aux lumières du Comité d'études sociales, dont nous espérons la création. On peut cependant indiquer, dès maintenant, certains points qui méritent une attention particulière. Il faudra se préoccuper en première ligne de la question des logements ouvriers. Cette question préoccupe beaucoup les esprits en Angleterre et elle présente aussi chez nous un très grand intérêt. Il conviendrait ensuite d'étudier la question des assurances ouvrières contre la maladie, les accidents et le chômage. Ces assurances sont devenues obligatoires en Allemagne, du moins pour les maladies et pour les accidents, par suite des lois du 15 juin 1883 et du 6 juillet 1884. L'Autriche possède aussi une loi analogue du 17 février en 1887. La Chambre des Députés a commencé dernièrement (22 mars 1888) la discussion en première lecture de deux projets de M. Audiffred et de M. Emile Brousse, relatifs aux caisses de secours et de retraite pour les ouvriers mineurs. L'impression qui s'est dégagée de ce premier débat, c'est que les caisses ne pourront être établies, faute de fonds. L'un des projets tendait à constituer la caisse de retraite et de secours, moitié par une retenue de

1. *Id.*, 1885, n° 146.

5 0/0 sur le salaire des ouvriers, et moitié par une contribution équivalente des patrons; le second projet mettait les frais entièrement à la charge des compagnies d'exploitation. Les deux propositions ont paru d'une application très difficile, sinon impossible. Pourtant, le principe des assurances ouvrières est de ceux dont la réalisation s'impose d'une manière urgente et fatale non seulement pour les ouvriers des mines, mais pour les ouvriers des grandes industries en général. Si aucune autre considération ne s'y oppose que le manque d'argent, on peut être rassuré; notre projet a pour but de fournir les fonds.

CHAPITRE V

LE RÔLE DE L'ÉTAT DANS LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE

Notre projet, il faut s'y attendre, soulèvera de nombreuses et très vives objections. On nous accusera surtout d'étendre démesurément les attributions de l'État et de faire, disons le mot, du socialisme. Nous pourrions nous contenter de répondre avec M. Leroy-Beaulieu, « que la civilisation moderne, qui a été singulièrement individualiste (et c'était une nécessité et une condition de progrès) dans les trois quarts de ce siècle, tend à devenir plus socialiste, dans le sens que ce mot devrait avoir » (1). Mais l'objection est beaucoup trop importante pour qu'on puisse y répondre d'un seul mot. Le rôle et les attributions de l'État, c'est la question capitale de notre époque. Tout roule autour de ce problème ; tout y converge ou en émane ; le sujet que nous avons traité n'en est qu'un corollaire. Aussi, est-il nécessaire que nous nous expliquions plus longuement sur ce point, afin d'examiner nous-même si l'étude qui précède repose sur un fondement solide.

1. Leroy-Beaulieu, *Répartition des richesses*, p. 486.

Nous aurions peut-être hésité à traiter une question aussi vaste et aussi complexe à la fin de ce travail, si par une bonne fortune qui facilite singulièrement notre tâche, nous n'avions trouvé un exposé rapidement et supérieurement fait par des hommes éminents, dont on sera content d'avoir l'avis.

Il y a deux ans, l'Académie des sciences morales et politiques eut à discuter cette question à l'occasion d'un rapport de M. Léon Say sur un ouvrage de M. Lujo Brentano intitulé : *La Question ouvrière* (1). Il s'agissait dans ce travail des diverses mesures protectrices des ouvriers pour lesquelles l'auteur faisait appel au concours de l'Etat. Le rapport de M. Say donna lieu à une longue et intéressante discussion, qui se continua pendant plusieurs séances, et à laquelle prirent part MM. Leroy-Beaulieu, Courcelle-Seneuil, Baudrillart, Paul Janet, Aucoc, Franck, Frédéric Passy, Levasseur, Glasson, Arthur Desjardins et Georges Picot. Les économistes se déclarèrent presque tous hostiles aux projets de M. Brentano, comme en général à toute intervention de l'Etat dans les questions économiques. L'Etat, disaient-ils, est une abstraction, qui ne saurait avoir des droits ni des devoirs. Il n'y a en réalité qu'un gouvernement représenté par des hommes faillibles portés naturellement à abuser des pouvoirs qu'on leur confère, et d'autre part des contribuables qui ne demandent qu'à payer et à être gouvernés le moins possible. La mission de l'Etat

1. *Compte rendu de l'Acad. des Sc. morales et polit.*, 1886, p. 514 et suiv.

maintenir l'ordre public et à faire régner la justice dans la société ; il ne lui appartient pas d'intervenir dans le règlement des intérêts privés ni de prescrire aux citoyens comment ils doivent se comporter dans l'exercice de leurs droits. L'Etat s'est toujours trompé lorsqu'il a voulu sortir de son rôle ; le système protectionniste de l'ancien régime, les règlements de Colbert sur le commerce et l'industrie, les lois contre l'exportation du blé, même certains règlements hygiéniques de notre temps, sont autant d'erreurs législatives dont les conséquences ont été déplorables. L'Etat n'est ni producteur, ni commerçant, ni médecin ; il est simplement juge, gendarme et soldat. Son rôle est purement répressif ; il ne saurait en sortir sans mettre en danger les intérêts vitaux de la société. En matière économique, il doit s'en tenir strictement à la règle : Laisser faire, laisser passer.

A ces considérations, familières à l'école économiste d'autres membres de l'Académie opposèrent une conception du rôle de l'Etat plus large et plus conforme à la réalité. M. Baudillart s'éleva lui-même contre les affirmations de ses collègues : « *Le laisser faire*, dit-il, est l'objet de beaucoup principal dans l'ordre économique. Il y a des cas pourtant où il doit être complété par cette autre maxime : *Aider à faire*. Des économistes éminents tiennent pour le laisser faire pur, soit. Mais leur opinion est-elle équivalente à toute l'Economie politique, et peuvent-ils se porter pour en être seuls les organes orthodoxes ? Il faudrait donc mettre en dehors les maîtres, les fondateurs, qui ont pres-

que tous admis une intervention de l'Etat en dehors de son rôle répressif. »

M. Aucoc, que sa longue expérience du conseil d'Etat avait conduit à mieux apprécier les mérites de l'administration, précisait la question en ces termes : « Suivant moi, voici dans quelles conditions l'intervention de la puissance publique est un bien. Pour l'organisation des services publics aux frais de contribuables, et pour les subventions, l'intervention n'est légitime que si l'impuissance des individus isolés ou volontairement associés est démontrée, et si le bien qu'il s'agit de faire dans l'intérêt commun, est impossible sans le concours de la puissance publique. »

M. Levasseur alla plus loin, dans l'affirmation des droits de l'Etat : « L'Etat dit-il est nécessaire pour assurer la paix sociale et donner la sécurité au travail et aux contrats. Il a de ce chef des devoirs de défense, de police et de justice. Mais ce rôle est en quelque sorte négatif. L'Etat a en outre, des devoirs positifs, autrement dit, il doit dans des cas déterminés, agir soit seul, soit en concurrence avec les particuliers, en vue de procurer à la société certains avantages. Il exécute des travaux publics, tels que routes, ports, aménagement des cours d'eau et il a le droit, conséquence de son devoir, de le faire lorsque la nature des travaux est telle, que les particuliers ne pourraient pas s'en charger, ou que la situation des particuliers est telle qu'ils ne le voudraient pas.

« Il contribue au développement intellectuel par l'entretien de musées, de grands établissements scientifiques,

d'écoles, par les publications que seul il peut entreprendre, telles que la plupart des statistiques et des enquêtes générales. Il pratique l'assistance publique, en prenant une partie des contributions, qui sont elles-mêmes une portion du revenu des particuliers, pour l'appliquer au soulagement de certaines infortunes, *et il le fait en vertu d'un sentiment de solidarité qui le porte à étendre ses bienfaits dans la mesure de ses ressources et à laisser d'autant moins l'infortune sans secours que la société est plus riche.* »

« Il intervient dans la distribution de la richesse, en déterminant par ses lois l'ordre des successions, tout au moins celui des successions « ab intestat », et la nature des contrats. Il agit, à la fois par le prélèvement de l'impôt et par le paiement des services publics, sur la circulation et la distribution de la richesse.

« Le nombre des cas, dans lesquels l'action de l'Etat sur l'économie nationale est nécessaire, utile ou inévitable, est donc très considérable, et il ne faut pas nier l'évidence.

« Quelques économistes, tout en reconnaissant cette évidence, paraissent disposés à dire que l'Etat est un *mal nécessaire*. Cette expression me paraît malsonnante et contraire au sentiment que l'observation doit inspirer à l'économie politique. Je crois qu'il faut dire : *L'Etat est une nécessité et un bien.* »

M. Paul Janet, élevant la question aux hauteurs de la philosophie, s'exprima en ces termes :

« Il me semble qu'il y a une certaine tendance des économistes à voir des socialistes partout ; seulement, ils ne

nous disent pas ce qu'est le socialisme, et il semble bien qu'ils appellent de ce nom toute espèce d'intervention de l'Etat. C'est ce que M. Léon Say appelle spirituellement *l'interventionnisme*. Cela est bien vague, car beaucoup de gens, qui ne sont pas le moins du monde disposés à admettre le socialisme dans le sens vulgaire, c'est-à-dire comme une attaque subversive et violente de la propriété, seront plus embarrassés lorsqu'il y aura à décider d'une mesure contre l'interventionnisme en général. Le socialisme a toujours passé pour une hérésie, une utopie, quelque chose de semblable à la recherche du mouvement perpétuel dans les sciences. L'interventionnisme, au contraire, a pour lui l'autorité de tous les siècles et de toutes les nations. L'Etat a été chez les Romains et les Français, et presque partout, le principal organe de la civilisation... Tant que le socialisme s'est borné au fourriérisme, ou saint-simonisme, au communisme, c'était une opinion enfantine, que l'on pouvait espérer voir peu à peu disparaître ; mais du moment qu'on le confond avec l'interventionnisme et qu'il s'agit du rôle de l'Etat en général, la question devient bien autrement difficile, car il s'agit de réagir non seulement contre le courant actuel, mais contre tous les siècles, et contre une force des choses qui date du commencement de l'humanité ! Dans cette lutte, j'admets que l'économie politique ait raison ; toujours est-il que les rôles sont renversés. C'était le socialisme qui était l'utopie. Il pourrait très bien se faire que se fût l'économie politique qui fût l'utopie ; car le point de vue abstrait auquel elle se place,

n'a jamais été réalisé nulle part. Il faudra bien des siècles pour triompher d'une tendance qui a sa raison d'être, puisqu'elle a existé partout et toujours... Si l'interventionnisme est socialisme, tout est socialisme. Les caisses d'épargne c'est du socialisme ; les Enfants-Trouvés, c'est du socialisme ; l'entretien des routes par l'Etat, les musées, les postes et les télégraphes, tout cela est du socialisme ; enfin, Bastiat n'hésitait pas à dire que le baccalauréat c'est du communisme. En effet, l'instruction publique, c'est de l'interventionnisme au premier chef... Si l'on entendait le mot socialisme dans le sens indéterminé et illimité qu'on lui donne, ce ne serait pas seulement la plupart des institutions existantes, ce serait la société elle-même, qui en tant que société serait déjà du socialisme.

« ...Maintenant j'accorde qu'il faut distinguer la société et l'Etat ; mais l'Etat n'est n'est qu'une société organisée. La seule manière dont la société puisse agir en tant que société, en tant que corps, c'est la forme de l'Etat. Tout le monde reconnaît la puissance de l'association. Deux hommes réunis valent plus que deux fois un homme ; quatre sont plus que deux et deux. La puissance de l'association ne croît pas comme le nombre des associés, mais en raison du carré, du cube, ou d'une puissance quelconque. Telle étant la force de l'association, pourquoi la seule association impuissante serait-elle celle de la société entière ? Elle peut être tyrannique, soit ; il faut prendre des précautions contre cette tyrannie, et c'est ce qu'on appelle les libertés modernes ; ce n'est pas une raison de se priver de la puissance et

de l'efficacité de l'unité sociale. Si l'Etat n'est qu'une puissance négative dont il faut toujours se défier, comment ferez-vous une patrie ? Une patrie n'est pas une juxtaposition d'individus, c'est un corps et une âme ; c'est une personne. Or la patrie n'est pas seulement un sentiment, c'est une puissance. La patrie ordonne, commande, agit pour tous.

« Le principe d'un Etat vivant et actif n'exclut nullement les droits de l'individu ; car il ne doit jamais aller jusqu'à violer ses droits. Il ne doit pas opprimer l'individu. La seule question est de savoir si, sans l'opprimer, il ne peut pas l'aider et le développer, si l'une des fonctions de l'Etat n'est pas précisément de faire des individus et de développer des personnalités ; et peut-être la limite entre le socialisme et un légitime interventionnisme est-elle précisément que l'un paralyse l'individu et que l'autre le suscite et le développe. »

Nous n'ajouterons aucun commentaire à ces belles paroles d'un penseur estimé pour la rectitude et la pénétration de son esprit.

Ce serait les affaiblir. Nous pouvons les résumer d'un mot. Au-dessus des doctrines plus ou moins contestables des économistes et des doctrinaires en général, se place un principe, qui est la raison d'être de la loi et d'où dépend le bonheur des sociétés. C'est la recherche du bien général ; c'est le même principe que M. John Morley appelle : la Justice.

POSITIONS

Positions prises dans la thèse.

DROIT ROMAIN

I. Le testament *calatis comitiis* n'était pas une loi, page 51.

II. Le testament est issu de l'adrogation par la suppression de la partie de l'acte exigée pour la création de la *patria potestas*, p. 62.

III. Le testament *per æs et libram* est antérieur à la loi des XII Tables, p. 136.

IV. Le *familiæ emptor* n'est devenu héritier que le jour où les pontifes, par interprétation de la loi des XII Tables : « Cum nexum « faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto », ont permis au disposant de transmettre les *sacra* au *familiæ emptor*, p. 138.

DROIT FRANÇAIS

I. Les droits de mutation par décès établis par la loi du 22 frimaire de l'an VII, constituent, en fait, un droit de succession au profit de l'Etat, p. 161.

II. La succession des collatéraux devrait être supprimée au delà du 4^e degré, p. 170.

III. La loi successorale dans le Code civil a pour principe le devoir, p. 193.

IV. Les droits de mutation par décès pourraient être élevés dans une certaine mesure et perçus par l'Etat à titre d'hérédité, p. 214.

Positions prises en dehors de la thèse.

DROIT ROMAIN

- I. L'énumération des *res Mancipi* donnée par Alpien est limitative.
- II. La division des *res Mancipi* et *res nec Mancipi* dérive probablement des pratiques guerrières des Romains.
- III. L'usucapion n'exigeait, à l'origine, ni juste cause, ni bonne foi.
- IV. La faute d'un *correus promittendi* ne nuisait pas aux autres *correi*.

DROIT CIVIL

- I. La promesse synallagmatique de vente transfère par elle-même la propriété.
- II. La promesse unilatérale de vente est une obligation de faire, qui ne peut transférer la propriété, même en ce qui concerne celui qu'elle oblige.
- III. Les noms patronymiques peuvent être acquis par une longue possession publique, certaine et ininterrompue pendant plusieurs générations.
- IV. Les codébiteurs solidaires sont, par rapport au créancier, des cautions réciproques et non des mandataires.

DROIT DES GENS

- I. Les décisions des tribunaux étrangers n'ont force exécutoire en France qu'après un examen du fond par les tribunaux français.

DROIT ADMINISTRATIF

- I. L'avis du conseil d'Etat n'est pas nécessaire pour la préparation des règlements d'administration publique faite par le chef de l'Etat sans une délégation spéciale du législateur.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Les pouvoirs de l'Etat sont au nombre de deux : le pouvoir judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif.

II. Une bonne loi sur la liberté d'association devrait comporter ces deux restrictions : les associations formées par les citoyens ne posséderont pas par elles-mêmes la personnalité civile, et les sociétés contraires à l'ordre public pourront être supprimées par le gouvernement après une décision conforme de la justice.

Vu par le Doyen de la Faculté,

E. COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président de la Thèse,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE

Droit Romain

DE L'ORIGINE DU TESTAMENT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAP. I ^{er} . — De l'idée de succession chez les anciens.	13
II. — Le testament grec.	25
III. — Le testament romain calatis comitiis.	33
IV. — Le testament in procinctu.	93
V. — Le testament par æs et libram.	99

Droit Français

LES DROITS DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE SUCCESSION

	Pages
INTRODUCTION.	149
CHAP. I ^{er} . — Restriction de la succession collatérale.	163
II. — Le principe d'hérédité dans le Code civil	173
III. — L'hérédité sociale.	195
IV. — Évaluation et emploi de l'héritage social.	275
V. — Le rôle de l'Etat dans la société contemporaine.	297

